This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Bd June 1, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO X

3177
Spain. Laws, statutes, etc. Codes, Civil

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

695

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO A LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO X

Servidumbres.
Servidumbres legales.—Servidumbres voluntarias.
Del Registro de la propiedad.

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1895

Es propiedad del autor.
Queda hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos VII y VIII del libro II del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

DE LAS SERVIDUMBRES

Libro II.—Título V.—Artículos 476 al 547.

Título V: De las servidumbres.—Capítulo I: De las servidumbres en general (artículos 476 al 482).—Capítulo II: De las servidumbres impuestas por la ley.—Sección primera: Disposición general (artículo 483).—Sección segunda: De las servidumbres de aguas (artículos 484 al 505).—Sección tercera: De la servidumbre de paso (artículos 506 al 510).—Sección cuarta: De las servidumbres de medianería (artículos 511 al 521).—Sección quinta: De la distancia y obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones y plantaciones (artículos 522 al 529).—Sección sexta: De las luces y vistas en la propiedad del vecino (artículos 530 al 533).—Sección séptima: Del desagüe de los edificios (art. 534).—Sección octava: De la obligación de prevenir un daño que amenaza (art. 535).—Capítulo III: De las servidumbres voluntarias.—Sección primera: Disposición general (art. 536).—Sección segunda: Cómo se adquieren las servidumbres (artículos 537 al 541).—Sección tercera: Derechos y obligaciones de los propietarios del predio dominante y sirviente (artículos 542 al 544).—Sección cuarta: Cómo se extinguen las servidumbres (artículos 545 al 547).

Consideraciones generales.—Pocas son en realidad las diferencias que se observan en las disposiciones contenidas en el proyecto de 1851 respecto de la materia constitutiva

del tomo presente. El Código actual, inspirándose, como no podía menos, dado el precepto de la base primera, en el proyecto de 1851, ha desarrollado con bastante semejanza todas aquellas cuestiones que á las servidumbres se refieren.

Se observa alguna diferencia en cuanto al plan, pues mientras el Código, con más lógica, en nuestro entender, considera de imprescindible necesidad examinar antes las diferentes clases de servidumbre, modos de adquisición y extinción de las mismas, y derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente, entrando después de lleno en la clasificación y desarrollo de cada uno de los diferentes gravámenes impuestos á los inmuebles, el proyecto se aparta de este camino y coloca en las tres últimas secciones de su capítulo III las disposiciones de que hemos hecho mérito anteriormente.

El proyecto de 1851 dedica un artículo, que por sí solo forma la sección octava del capítulo II, á tratar de la *obligación de prevenir un daño que amenaza*, cuya materia está consignada en el Código vigente, en el capítulo V del título II del libro segundo.

Servidumbres en general.—La definición de la servidumbre que se halla contenida en el art. 476 del proyecto, y las diferentes clases de ella, que constituyen la materia de los artículos 478, 479 y 481, guardan perfecta consonancia con los preceptos de los artículos 530, 532 y 535 del Código.

Dos artículos contiene este Cuerpo legal que no aparecen en el proyecto, y son el 531 y 533. El primero faculta el establecimiento de servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada, y el segundo, que divide las servidumbres en positivas y negativas.

En cambio, el proyecto contiene un artículo, el 477, que no consta en el Código y que se refiere á la división de las servidumbres en rústicas y urbanas.

Modos de adquirir las servidumbres.—Análoga doctrina

contienen todos los artículos de esta sección en el Código y en el proyecto. El Código añade el 538, que se refiere al tiempo de la posesión de las servidumbres, marcando las reglas necesarias para empezar á contar el término prescriptivo.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.—Los artículos 543 y 544 del proyecto guardan perfecta concordancia con los 543 y 545 del Código. El segundo apartado del primero de estos artículos del Código tiene un segundo párrafo dedicado á consignar que el dueño del predio dominante deberá elegir el tiempo y forma convenientes á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente en la ejecución de las obras necesarias.

El proyecto, en su art. 543, hace caso omiso de este particular en su segundo párrafo, estableciendo que si el dueño del predio sirviente se hubiese obligado, en el título constitutivo, á costear las obras, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante.

La disposición del art. 544 del Código no tiene precedente en el proyecto, y en cambio, el art. 542 de éste, que se refiere á la extensión de las servidumbres, no aparece en esta sección que examinamos.

De los modos de extinguirse las servidumbres.—El artículo 545 del proyecto ordena que las servidumbres se extinguen tan sólo por las tres primeras causas enumeradas en el art. 546 del Código. Los demás artículos concuerdan en su espíritu y letra, añadiendo el proyecto un segundo párrafo, en su art. 547, que no ha sido trasladado al 548 del Código. Este párrafo se limita á consignar que el dueño contra quien, por leyes especiales, no puede prescribirse, conserva el derecho de todos los demás.

rvidumbres legales.—La disposición general del ar- 483 del proyecto hállase trasladada al art. 549 del go, añadiendo además este Cuerpo legal los preceptos

de los artículos 550 y 551, que no tiene precedente en aquél.

De la servidumbre en materia de aguas.—Excepción hecha del art. 484 del proyecto, que es igual al 552 del Código, los demás que componen la respectiva sección en ambos Cuerpos legales mantienen entre sí algunas diferencias.

El proyecto desarrolla esta materia en veintidós artículos, disponiendo el 485 que el dueño de un predio en que existen obras defensivas para contener el agua, ó en que, por la variación de su curso, sea preciso construirlas de nuevo, está obligado á ejecutar los reparos ó construcciones necesarias, ó á tolerar que, sin perjuicio suyo, los hagan los dueños de los predios que experimenten ó estén inminentemente expuestos á experimentar daño, siendo aplicable esto al caso (art. 486) en que haya necesidad de desembarazar algún predio de las materias cuya acumulación ó caída impida el curso del agua, con peligro de tercero.

Los propietarios que participen del beneficio proveniente de estas obras, están obligados á contribuir al gasto de su ejecución en proporción á su interés, siendo responsables de los gastos los que por su culpa hubieran ocasionado el daño.

El dueño de un predio en que haya una fuente podrá usar de su agua libremente, sin perjuicio del derecho que el dueño de un predio inferior haya adquirido por título ó por prescripción, y en este caso, por el goce no interrumpido durante treinta años, contados desde que el dueño del predio inferior construyó obras destinadas á facilitar la caída ó curso de las aguas.

Nadie puede usar del agua de los ríos de modo que perjudique á la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos, balsas ó el uso de otros medios de transporte fluvial, no aprovechando en estos casos la prescripción ni otros títulos. Tampoco puede nadie impedir ni embarazar el uso de las riberas, en cuanto fuere necesario para los mismos fines.

La propiedad que sobre las aguas pertenece al Estado se entenderá sin perjuicio de los derechos que sobre las mismas hubieran adquirido las personas ó Corporaciones por título ó prescripción.

El propietario del agua, sea cualquiera su título, no podrá impedir el uso de la que sea necesaria para el abastecimiento de las personas ó ganados de una población ó alquería, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad del modo más conveniente; pero tendrá derecho á la indemnización, salvo si los habitantes hubieren adquirido por título ó prescripción el uso del agua.

Los dueños de los predios más ó menos próximos á una corriente de agua, continuarán aprovechándose de ella para el riego de sus tierras, ó para el movimiento de sus fábricas, del mismo modo con que legítimamente lo hubieran venido haciendo.

El propietario de aguas no podrá desviar su curso, de modo que se pierdan, cuando puedan aprovecharse por otros, ni dar lugar á que rebosen ó causen otro daño á tercero.

Los Tribunales deben conciliar el interés de la agricultura ó industria con el respeto debido á la propiedad en las contestaciones sobre el uso de aguas, observándose los reglamentos especiales y Ordenanzas.

La propiedad y uso de las aguas pertenecientes á Corporaciones ó particulares, están en todo sujetos á la ley de expropiación por causa de utilidad pública.

El art. 496 del proyecto concuerda con el 557 del Código, añadiendo el primero un párrafo por el que se exceptúan de la disposición del artículo los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias.

Igualmente añade el proyecto que el que pretenda usar del derecho concedido en dicho artículo, además de estar obligado á cumplir las obligaciones que el Código estatuye en el 558, debe hacer construir el canal necesario en los

predios intermedios, aunque haya en ellos canales para el uso de otras aguas.

El que tiene en su predio un canal para el curso de aguas que le pertenecen, puede, conforme al párrafo segundo del artículo 497 del proyecto, impedir la apertura de otro nuevo, ofreciendo dar paso por aquél, con tal que no cause notable perjuicio al que reclame el paso.

También se deberá conceder el paso de las aguas al través de los canales y acueductos del modo más conveniente, siempre que el curso de las aguas que se conducen por éstos y su volumen no sufran alteración.

En el caso del párrafo segundo del art. 497, anteriormente citado, el que pretenda el paso de aguas deberá pagar, en proporción á la cantidad de éstas, el valor del terreno ocupado por el canal en que se introducen y los gastos hechos para su apertura y construcción, sin perjuicio de la indemnización debida por el aumento de terreno que sea necesario ocupar y por los otros gastos que ocasione el paso que se le conceda.

Todas estas disposiciones son aplicables al caso en que el poseedor de un terreno pantanoso quiera desecarlo ó dar salida á las aguas estancadas por medio de cauces.

Los que se aprovechan de las aguas de una acequia, deben construir y conservar los puentes necesarios para pasar á las heredades vecinas, de tal modo, que el paso sea seguro y cómodo. Deben igualmente construir y conservar los acueductos subterráneos, los puentes que sirven de canales y hacer todas las demás obras semejantes para la continuación del riego ó de la corriente, si no hubiese convenio ó posesión en contrario.

Por último, el que, teniendo ya establecido un acueducto en predio ajeno, quiera hacer correr por él mayor cantidad de agua, deberá justificar que el acueducto puede contenerl sin riesgo de perjuicios para el predio sirviente, costear la obras que sean necesarias y pagar el terreno que se ocup con estas obras y los daños que se causen.

Tales son, en breve síntesis, las disposiciones contenidas en esta sección del proyecto, que, como puede observarse, difieren de las correspondientes del Código.

De la servidumbre de paso.—Los artículos 507 y 508 del proyecto son iguales á los artículos 565 y 566 del Código.

El primer artículo de la sección, ó sea el 506, guarda gran analogía, en cuanto á su fondo, con el 564 del Código, añadiendo éste el precepto de su segundo párrafo, y el primero, ó sea el 506 del proyecto, otro párrafo en el que se dice que la acción para reclamar la indemnización es prescriptible, pero, aun en el caso de prescribir, no cesará por ello el paso obtenido.

Todos los demás artículos contenidos en el Código en la sección que examinamos, fuera de los que acabamos de citar, no constan en el proyecto.

Éste, en cambio, adiciona dos artículos, el 509 y el 510; el primero dispone que, habiendo comunidad de pastos entre los vecinos de uno ó más pueblos, el propietario que cercare una finca con tapia ó seto la hará libre de la comunidad, pero quedarán á salvo las otras servidumbres que sobre la misma estuvieren constituídas. Igualmente el propietario que cercare su finca conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

El segundo de los artículos mencionados concede el derecho al propietario de obligar al que lo sea de las heredades contiguas á practicar, á expensas comunes, el deslinde y amojonamiento de las que respectivamente les pertenezcan, correspondiendo igual facultad á los que tengan algún derecho real en las mismas.

De la servidumbre de medianería.—Todos los artículos de esta sección son iguales en el Código y en el proyecto.

[illegible] éste, sin embargo, se incluye un artículo (el 521), que [illegible] 396 del Código, inserto en el título relativo á la comu[illegible]d de bienes y cuyo lugar nos parece más adecuado.

[illegible] art. 517 del proyecto, que tampoco aparece en el

Código, se refiere al caso en el que el propietario de una finca, contigua á una pared divisoria, pueda adquirir la medianería en toda la extensión, ó en parte de la que tenga la finca de su propiedad, obteniendo previamente el consentimiento del medianero ó medianeros, y pagando á éstos la mitad del valor de la porción que adquiera de la medianería, y la mitad del valor del terreno sobre el que la pared medianera está construída.

De la servidumbre de luces y vistas.—Sustancialmente hállanse trasladados los artículos 530 al 533 del proyecto, á los 580 y siguientes de la sección correspondiente del Código, con la sola diferencia de haberse añadido en este último los preceptos de los artículos 584 y 585.

Del desagüe de los edificios.—Un artículo contiene esta sección del proyecto, que concuerda literalmente con el primer párrafo del art. 586 del Código. El resto del articulado consignado en éste es completamente nuevo y sin precedentes en aquél.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.—El proyecto guarda perfecta analogía, en este particular, con todos los artículos que componen la sección del Código.

Añade, sin embargo, dos artículos que no constan en éste, y son el 523 y 524. El primero dispone que no puede edificarse en las inmediaciones de los templos y palacios reales, sino á la distancia que determinen los Reglamentos particulares y sujetándose en el modo á los usos establecidos en la materia.

El segundo preceptúa que las servidumbres establecidas por utilidad pública ó comunal tienen por objeto mantener expedita la navegación de los ríos, la construcción ó reparación de los caminos y las otras obras públicas ó comunales.

De las servidumbres voluntarias.—El proyecto sólo contiene en este punto una disposición de carácter general, igual en absoluto á la consignada en el art. 594 del Código,

salvo la frase «siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público». El resto del capítulo del Código es completamente nuevo.

Del Registro de la propiedad.—No encontramos en el proyecto que estudiamos disposicion alguna referente á este extremo.

PROYECTO DE 1882

DE LAS SERVIDUMBRES

Título VII. — Artículos 532 al 605.

Título VII: De las servidumbres.—Capítulo I: De las servidumbres en general.—Sección primera: De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas (artículos 532 al 538).—Sección segunda: De los modos de adquirir las servidumbres (artículos 539 al 544).—Sección tercera: Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente (artículos 545 al 547).—Sección cuarta: De los modos de extinguirse las servidumbres (artículos 548 al 550).—Capítulo II: De las servidumbres legales.—Sección primera: Disposiciones generales (artículos 551 al 553).—Sección segunda: De las servidumbres en materia de aguas (artículos 554 al 565).—Sección tercera: De la servidumbre de paso (artículos 566 al 571).—Sección cuarta: De la servidumbre de medianería (artículos 572 al 581).—Sección quinta: De la servidumbre de luces y vistas en la propiedad del vecino (artículos 582 al 587).—Sección sexta: Del desagüe de los edificios (artículos 588 al 590).—Sección séptima: De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones (artículos 591 al 597).—Capítulo III: De las servidumbres voluntarias (artículos 598 al 605).

Consideraciones generales.—La simple lectura del sumario que antecede basta para dar idea de la igualdad que existe entre el proyecto y el Código en la materia que constituye el contenido de este tomo.

No encontramos más que una diferencia, que apenas merece tal nombre, en la redacción de los epígrafes que forman los capítulos y secciones en que aparecen distribuídas las diferentes clases de servidumbres. La sección quinta del capítulo II del proyecto trata de las servidumbres de luces y vistas en la propiedad del vecino. El Código, también en

la misma sección y capítulo, examina esta clase de servidumbres, suprimiendo la frase «en la propiedad del vecino», innovación que nos parece muy acertada, pues siendo la servidumbre un gravamen impuesto á una finca en beneficio de otra, dicho está que se supone desde luego que las luces y vistas han de gravar ó estar impuestas sobre la propiedad de un tercero, pues de lo contrario no sería tal servidumbre. Encontramos en el proyecto esta redundancia, que ha sido suprimida en el Código.

De los modos de adquirir las servidumbres.—Siguiendo la costumbre establecida en anteriores tomos, y dada la identidad que existe entre el articulado del proyecto y el del Código, vamos tan sólo á procurar hacer resaltar las pequeñísimas diferencias que se advierten.

El art. 540 del proyecto, concordante con el 538 del Código, sólo varía en el final. El primero de dichos artículos, al tratar de la adquisición de las servidumbres por prescripción, consigna que en las negativas empezará á contarse el tiempo de la posesión desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que constituya la servidumbre. El Código establece la misma doctrina en el artículo referido, y varía la frase «que constituye la servidumbre» por la de que «sería lícito sin la servidumbre».

Los artículos 543 y 541 del proyecto y Código respectivamente, preceptúan lo mismo, y tan sólo en este último se nota la adición de la frase «ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

De los modos de extinguirse las servidumbres.—Tanto el Código como el proyecto establecen las mismas causas de extinción, añadiendo el Código una más, ó sea por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

De la servidumbre de paso.—Comparando los artículos 566 del proyecto y 564 del Código, nótase la adición en

el primero de su último párrafo, que dice textualmente: «En ambos casos será prescriptible la acción para reclamar la indemnización, pero, aunque prescribiera, no cesará por ello el paso obtenido».

El Código aumenta en esta sección de la servidumbre de paso el art. 570, que no tiene concordante en el proyecto. Dicho artículo se limita á consignar que las servidumbres existentes de paso para ganados se regirán por las Ordenanzas y reglamentos del ramo ó por la costumbre del lugar en su defecto, estableciendo asimismo la anchura de la cañada.

De la servidumbre de medianería.—Del estudio comparativo de esta sección solamente se advierte el aumento en el proyecto del art. 578, que no ha sido trasladado al Código. Refiérese dicho artículo á preceptuar que el propietario de una finca contigua á una pared divisoria podrá adquirir la medianería en toda la extensión ó en parte de la que tenga la finca de su propiedad, obteniendo previamente el consentimiento del medianero ó medianeros y pagando á éstos la mitad del valor de la porción que adquiera de la medianería y la mitad del valor del terreno sobre el que la pared medianera esté construída.

Del desagüe de los edificios.—Todos los artículos de esta sección son iguales en el proyecto y en el Código. Tan sólo en este último aparece un párrafo que no tiene precedente en aquél.

La disposición del art. 586 del Código, que concuerda con la del art. 588 del proyecto que examinamos, sufre la ampliación apuntada, y que se refiere á la obligación que tiene el propietario de un predio de recoger las aguas pluviales que caigan en el mismo, para no causar perjuicios al dio contiguo.

las distancias y obras intermedias para ciertas cons-..ones y plantaciones.—Dos artículos aparecen en el ·cto de 1882 que no constan en el Código. El 593, que

da derecho á todo propietario para abrir pozos ordinarios dentro de sus fincas, á fin de atender á los usos domésticos ó necesidades de la vida, aunque resulten amenguadas las aguas de sus vecinos, y el 594, que prohibe hacer pozos artesianos, excavaciones ni otras obras para alumbrar aguas, aunque sea dentro de la propiedad del que ejecute las obras, sin la licencia de los dueños ó personas á quienes corresponda este derecho conforme á las leyes.

De las servidumbres voluntarias.—Todos los artículos de esta sección concuerdan literalmente en el Código y en el proyecto, advirtiéndose, no obstante, en aquél la inserción de tres preceptos nuevos, que constituyen los artículos 595, 596 y 597.

Del registro de la propiedad.—En el proyecto que ligeramente hemos reseñado no aparece disposición alguna que se refiera á este particular.

ALEMANIA

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Libro III.—Sección VIII: De las servidumbres.—Título I: De las servidumbres reales (artículos 956 á 979).—Título III: De las servidumbres personales restringidas (artículos 1.044 al 1.050).

Este proyecto comprende dentro de las servidumbres al usufructo, aunque lo coloca en título especial; de él nos hemos ocupado en el tomo respectivo. En cuanto á las servidumbres propiamente tales, trata separadamente de las reales, de las personales, sin establecer disposiciones comunes á las dos. En su virtud, nos someteremos, para no perjudicar la claridad, al plan del proyecto.

Servidumbres reales.—Concepto de la servidumbre.—El proyecto de Alemania no define la servidumbre ni enumera los derechos que pueden gravitar sobre un fundo. Así, dice en su art. 966 que un fundo puede ser gravado en

beneficio del propietario de otro fundo (predio dominante), con un derecho, consistente en que dicho fundo puede servirse del fundo gravado (fundo sirviente) sólo de modo determinado, ó en que sobre el fundo sirviente no puedan ejecutarse ciertos actos, ó en que se extinga ó restrinja un derecho resultante de la propiedad del fundo sirviente y relativo al dominante, añadiendo en el 967 que sólo cabe establecerse como servidumbre real los derechos que pueden ser útiles al adquirente del fundo dominante, ó sea la idea del beneficio, consignada también en el art. 530 de nuestro Código.

Este concepto de la servidumbre corresponde á la llamada real, exponiendo en el título de las personales el de ésta, como hace el art. 31 del Código patrio.

Caracteres de la servidumbre.—Los de la indivisibilidad ó inseparabilidad de que hablan los artículos 534 y 535 del Código español, se encuentran en el proyecto alemán, si bien no en los términos absolutos y categóricos de aquél respecto de la indivisibilidad.

La servidumbre real, declara el art. 974, no puede ser separada del fundo dominante; pasa á todo nuevo propietario con la propiedad misma, y su ejercicio no puede transmitirse sin el fundo dominante.

Respecto de la indivisibilidad, nótase que esta palabra no figura en el proyecto que examinamos; refiriéndose, con nuestro aplauso, á expresar lo que quiere dar á entender por aquel concepto. Así, en el art. 968 se afirma que la servidumbre real no puede establecerse ni suprimirse por fracciones ó cuotas, y en los artículos 975 y 976 háblase de los efectos de la división material del predio dominante ó del sirviente en cuanto al ejercicio de la servidumbre. En el primer caso, la servidumbre—dice el art. 976—continúa en provecho de todas las partes, pero si aquélla se ha constituido solamente beneficio de una parcela determinada del fundo dominante esulta de la división una nueva heredad, que no contenga ción alguna de dicha parcela, la servidumbre se extingue

en lo que concierne á la citada heredad desde el instante de la división del fundo dominante. Si es el sirviente el que se divide, la servidumbre—preceptúa el 975—continúa perteneciendo á todas las partes; sin embargo, si el ejercicio de la servidumbre ha sido limitado á una parte determinada del fundo, y por efecto de la partición se constituye uno nuevo, que no contiene fracción alguna de dicha parte, cesa la servidumbre respecto del nuevo fundo desde la división.

Clases de servidumbres.—La clasificación en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas, no se mencionan en el proyecto de Código civil alemán.

Éste sólo distingue, tratando separadamente de ellas, las reales y las personales.

Derechos y obligaciones de los dueños de los predios dominante y sirviente y con relación á tercero.—No existe en el proyecto alemán una sección dedicada á tratar especialmente de estos particulares; pero dentro del único título referente á las servidumbres reales, en el que están insertas todas las disposiciones á ellas concernientes, se hallan algunas que atañen á los mencionados derechos y obligaciones y además con relación á tercero.

En el ejercicio de la servidumbre—ordena el art. 979—debe tenerse en cuenta, en cuanto sea posible, el interés del propietario del fundo sirviente, precepto cuyo espíritu es análogo al del párrafo segundo del art. 543 de nuestro Código.

No se encuentra en el proyecto disposición análoga á la del citado art. 543 del español, referente á los derechos del predio dominante de hacer á su costa, en el sirviente, las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre; pero se desprende tal doctrina del art. 971, en cuanto que éste dice que una servidumbre, para cuyo ejercicio sirva una obra existente en el fundo sirviente, puede establecerse de manera que el propietario de éste sea obligado á la con-

servación de la obra en lo necesario para dicho ejercicio, añadiendo, en su párrafo segundo, que cuando la servidumbre consista en el derecho de apoyar una construcción sobre otra del fundo sirviente, el propietario de éste viene obligado á la conservación de ella, en lo que exige la servidumbre, salvo pacto en contrario.

El art. 972 contiene una disposición equivalente á la del caso segundo del art. 545 del Código español, pues determina que si el lugar asignado para el ejercicio de la servidumbre resultare perjudicial al dueño del predio sirviente, éste puede pedir á su costa el cambio de aquél (lugar) por otro apropiado al ejercicio de la servidumbre.

En el caso de que se perturbe en su ejercicio al que tiene un derecho de servidumbre, goza éste de la facultad de hacerlo cesar; pudiendo también, cuando el perjuicio haya terminado, solicitar el castigo del autor y la caución de actos semejantes para lo futuro, si hay temor de que ocurra así.

Si con el ejercicio de una servidumbre concurre otra servidumbre, un derecho de usufructo ó de uso sobre el mismo fundo, de manera que estos derechos no puedan ejercerse en conjunto total ó parcialmente, cada uno de los que gocen de ellos puede exigir que los otros consientan en una restricción del ejercicio de su derecho proporcionalmente al interés de todos los derecho-habientes, apreciado con equidad.

Extinción de las servidumbres.—El proyecto que analizamos sólo contiene en la sección referente á servidumbres reales un precepto, el del art. 977, declarativo de que para la extinción de las servidumbres por un acto jurídico es necesaria la renuncia de la servidumbre por el que tenga derecho á ella y la consiguiente cancelación en el Registro.

Servidumbres personales restringidas.—No ofrece tampoco el proyecto de Código civil alemán una definición de las servidumbres. Con referencia á ellas, en su art. 1.044 dice que un inmueble puede ser gravado en provecho de

una persona determinada, con un derecho consistente en que esta persona pueda obtener ciertas utilidades del inmueble y ejercer otras facultades propias de las servidumbres reales.

Estas servidumbres no pueden establecerse ni extinguirse respecto á una fracción del inmueble; no pueden tampoco enajenarse, salvo que la ley ó un acto jurídico disponga lo contrario, y su extensión se determina por las necesidades personales del que goce de ella, á no ser que la ley ó la convención la determinen expresamente (artículos 1.045, 1.046 y 1.047).

Respecto de la extinción de estas servidumbres, el proyecto objeto de nuestro estudio, en su art. 1.049, declara aplicable la disposición concerniente á la del usufructo por muerte del usufructuario.

Por último, en el art. 1.050 manifiesta que puede establecerse también como servidumbre personal restringida el uso, á título de *habitación*, de una casa ó de parte de ella, con exclusión del propietario. El que goce de tal derecho tiene facultad para que habiten con él y su familia los criados necesarios para su servicio y para el cuidado de la habitación. En caso de que su derecho se limite á una parte de la casa, puede usar de los objetos é instalaciones destinados al uso común de sus inquilinos.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LAS SERVIDUMBRES

Libro II.—Título IV.—Artículos 637 al 710.

De las servidumbres (artículos 637 al 639).—Capítulo I: De las servidumbres que tienen su origen en la situación de las fincas (artículos 640 al 648).—Capítulo II: De las servidumbres establecidas por la ley (artículos 649 al 652).—Sección primera: De la pared y zanja medianeras (artículos 653 al 673).—Sección segunda: De la distancia y obras intermedias exigidas para determinadas construcciones (artículo 674).—Sección tercera: De las vistas sobre la propiedad del dueño colindante (artículos 675 al 680).—Sección cuarta: De las vertientes de los tejados (art. 681).—Sección quinta: Del derecho de paso (artículos 682 al 685).—Capítulo III: De las servidumbres voluntarias ó derivadas de la convención.—Sección primera: De las diversas especies de servidumbre que pueden establecerse sobre los bienes (artículos 686 al 689).—Sección segunda: Modo de establecer las servidumbres (artículos 690 al 698).—Sección tercera: De los derechos del propietario del predio dominante (artículos 697 al 702).—Sección cuarta: Del modo de extinguirse las servidumbres (artículos 703 al 710).

Apártanse los Códigos que examinamos del plan que sigue el legislador español al tratar de las servidumbres, como se puede observar por la simple lectura del sumario anterior; pero, á pesar de esto, no son muy grandes las diferencias que entre sus doctrinas respectivas existen.

De las servidumbres en general.—Define el art. 637 de estos Códigos la servidumbre de igual modo que el nuestro, si bien suprimen la calificación de predio dominante y sirviente, disponiendo en su lugar, en su art. 638, que la servidumbre no establece preeminencia alguna de una heredad sobre otra.

Diversas clases de servidumbres que pueden establecerse ... las fincas.—Comienzan los Códigos que estudiamos establecer la clasificación de las servidumbres en rústi... y urbanas (art. 687), clasificación que ya no aparece en ...tro Código.

Conformes se hallan con éste en que pueden ser continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes (art. 688).

Nada encontramos en los Códigos belga y francés de lo que el nuestro preceptúa en sus artículos 531 y 533.

Caracteres y constitución de las servidumbres.—Los preceptos del art. 534 de nuestro Código que determinan el carácter de las servidumbres, no tienen equivalente en los Códigos belga y francés. Los del 535 son semejantes á los del art. 700 de dichos Códigos.

En cuanto á su constitución, establecen que tienen su origen en las situaciones de las fincas, ó en obligaciones impuestas por la ley, ó en contrato hecho entre los propietarios (art. 639), preceptos análogos á los contenidos en el artículo 536 del Código patrio.

Modos de adquirir las servidumbres.—Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título ó por la posesión de treinta años, según los Códigos que nos ocupan (artículo 690), que difieren, por consiguiente, del nuestro en el número de años que exigen para la prescripción, y no dictan las reglas contenidas en el art. 538 del español, referentes al modo de contar ese tiempo, según las distintas clases de servidumbre.

Respecto á las continuas no aparentes y á las discontinuas, sean ó no aparentes, se hallan de acuerdo ambos Cuerpos legales en que no pueden constituirse sino en virtud de título, añadiendo los Códigos belga y francés (art. 691) que la posesión, aunque sea inmemorial, no basta para establecerlas, sin que, sin embargo, puedan impugnarse las servidumbres ya adquiridas por la posesión en los países en que pudieran adquirirse de esta manera.

Consignan también estos Códigos en sus artículos 692 y 693, que el destino dado á sus fincas por el padre de familia, equivale á un título, respecto de las servidumbres continuas y aparentes; entendiéndose así cuando se haya probado que los dos predios, ya divididos ó separados, han

pertenecido al mismo propietario, por el cual se han puesto las cosas en el estado del que la servidumbre se deriva.

Los artículos 540, 541 y 542 de nuestro Código desarrollan la misma doctrina respectivamente que los 695, 694 y 696 de los Códigos que comparamos.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.—Con ligeras variaciones, que vamos á consignar, los mismos derechos y obligaciones consignan los Códigos puestos en parangón.

Aquéllas son dos: la primera es que los Códigos belga y francés, al determinar el derecho del dueño del predio dominante, de hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, dicen que se harán á su costa, «á no ser que establezca lo contrario el título de la constitución de la servidumbre» (art. 698). La segunda es que los citados Códigos no contienen lo dispuesto por el nuestro en su art. 544. En todo lo demás se hallan en absoluto de acuerdo.

Modos de extinguirse las servidumbres.—Limítanse los Códigos de Bélgica y Francia á consignar, como medios de extinción de las servidumbres: 1.°, el llegar las cosas á tal estado, que no pueda usarse de ellas (art. 703); 2.°, la reunión de ambos predios en una misma persona (art. 705), y 3.°, el no uso durante treinta años (art. 706). En el primer caso, reviven las servidumbres si las cosas se restablecen de modo que pueda volverse á usar de la servidumbre, á no ser que hubiera transcurrido el tiempo para la prescripción (art. 704). En el último, el término empieza á correr desde el día en que se dejó de usar la servidumbre en las discontinuas, ó desde el en que se ejecutó algún acto contrario en las continuas (artículo 707). En lo expuesto no observamos más diferencia sino la de que el plazo para la prescripción es de treinta años en los Códigos que comparamos y de veinte en el nuestro. Pero los casos cuarto, quinto y sexto, que el Código patrio señala en su art. 546 como modos extintivos de las servidumbres, no se hallan previstos por aquellas legislaciones.

Con los demás preceptos que la sección cuarta de nuestro Código dicta respecto á esta materia, se hallan de acuerdo los que estudiamos, agregando éstos que si entre los copropietarios se halla alguno contra quien no pudo correr la prescripción, tal como un menor, éste conservará el derecho de los demás (art. 710).

De las servidumbres legales en general.—El concepto que el Código español profesa de las servidumbres legales se diversifica en el Derecho francés y belga, puesto que proceden por distinción, diciendo que unas tienen su origen en la situación de las fincas, y entre las cuales comprende las relativas á las aguas, y otras en obligaciones impuestas por la ley. Éstas pueden tener por objeto la utilidad pública ó comunal, v. g., la senda á orillas de los ríos navegables, la construcción ó reparación de los caminos y otras obras públicas ó comunales, estando determinado todo lo que se refiere á esta clase de servidumbres por leyes ó reglamentos particulares; ó bien son obligaciones impuestas por la ley á un propietario respecto de otro é independientes de todo contrato, hallándose parte de estas obligaciones reglamentadas en las leyes de policía rural, y siendo otras relativas al muro y zanja medianeros, al caso en que haya que construir contramuro, á las vistas sobre la propiedad del vecino, á las vertientes de los tejados ó techos, y al derecho de paso (artículos 639 y 649 á 652).

Como se ve por esta sencilla exposición, hay diferencias de criterio entre los Códigos que comparamos, si bien no afectan al fondo de la doctrina, que es esencialmente la misma.

Servidumbres en materia de aguas.—Ocúpanse de estas servidumbres los Códigos objeto de nuestro examen en el capítulo que titulan «De las servidumbres que tienen su origen en la situación de las fincas», consignando únicamente de las que nuestro Código enumera, la servidumbre que los predios inferiores sufren de recibir el agua que, naturalmente y sin obra del hombre, descienda de los superiores (art. 640). Y en

esto paran todas las analogías entre los tres Códigos, porque los demás artículos que el citado capítulo contiene (del 611 al 618) se refieren á lo que nuestro Código denomina «propiedad especial sobre las aguas», y á los derechos de deslinde, amojonamiento y de cercar las fincas, de que ya nos ocupamos en su lugar oportuno en el tomo VII.

No consignan, pues, todas las demás servidumbres que el Código patrio enumera, que deben estar reguladas por leyes ó reglamentos especiales.

Servidumbre legal de paso.—Muy limitados son los preceptos que contienen los Códigos de Bélgica y Francia referentes á esta servidumbre. Se reducen á determinar, de igual modo que el español, que el propietario de fincas enclavadas dentro de otras, sin ninguna salida á la vía pública, tiene derecho á reclamar paso á través de los predios contiguos con obligación de indemnizar el daño que ocasione (art. 682); que este paso debe tomarse del lado más próximo á la vía pública (art. 683); pero fijándolo, sin embargo, en el sitio menos perjudicial para el propietario de la finca que haya de gravarse (art. 684).

Estas disposiciones son las mismas contenidas en los artículos 564, párrafo primero, y 565 de nuestro Código, sin que todas las demás que el mismo comprende en la sección correspondiente se hallen previstas por los Códigos que comparamos.

En cambio, declaran en su art. 685 que la acción para reclamar la indemnización es prescriptible, debiendo el derecho de paso continuar, aunque ya no sea admisible dicha acción, doctrina que no encontramos en el Código patrio.

Servidumbre de medianería.—Tanto los Códigos belga y francés como el español se hallan de acuerdo en que [illegible]e la medianería mientras no haya un título, signo exte[illegible] ó prueba en contrario, en las paredes divisorias de los [illegible]cios contiguos, de los jardines ó corrales, y en los cer[illegible]s que dividen los predios rústicos.

Con los demás preceptos que la sección cuarta de nuestro Código dicta respecto á esta materia, se hallan de acuerdo los que estudiamos, agregando éstos que si entre los copropietarios se halla alguno contra quien no pudo correr la prescripción, tal como un menor, éste conservará el derecho de los demás (art. 710).

De las servidumbres legales en general.—El concepto que el Código español profesa de las servidumbres legales se diversifica en el Derecho francés y belga, puesto que proceden por distinción, diciendo que unas tienen su origen en la situación de las fincas, y entre las cuales comprende las relativas á las aguas, y otras en obligaciones impuestas por la ley. Éstas pueden tener por objeto la utilidad pública ó comunal, v. g., la senda á orillas de los ríos navegables, la construcción ó reparación de los caminos y otras obras públicas ó comunales, estando determinado todo lo que se refiere á esta clase de servidumbres por leyes ó reglamentos particulares; ó bien son obligaciones impuestas por la ley á un propietario respecto de otro é independientes de todo contrato, hallándose parte de estas obligaciones reglamentadas en las leyes de policía rural, y siendo otras relativas al muro y zanja medianeros, al caso en que haya que construir contramuro, á las vistas sobre la propiedad del vecino, á las vertientes de los tejados ó techos, y al derecho de paso (artículos 639 y 649 á 652).

Como se ve por esta sencilla exposición, hay diferencias de criterio entre los Códigos que comparamos, si bien no afectan al fondo de la doctrina, que es esencialmente la misma.

Servidumbres en materia de aguas.—Ocúpanse de estas servidumbres los Códigos objeto de nuestro examen en el capítulo que titulan «De las servidumbres que tienen su origen en la situación de las fincas», consignando únicamente de las que nuestro Código enumera, la servidumbre que los predios inferiores sufren de recibir el agua que, naturalmente y sin obra del hombre, descienda de los superiores (art. 610). Y en

esto paran todas las analogías entre los tres Códigos, porque los demás artículos que el citado capítulo contiene (del 611 al 648) se refieren á lo que nuestro Código denomina «propiedad especial sobre las aguas», y á los derechos de deslinde, amojonamiento y de cercar las fincas, de que ya nos ocupamos en su lugar oportuno en el tomo VII.

No consignan, pues, todas las demás servidumbres que el Código patrio enumera, que deben estar reguladas por leyes ó reglamentos especiales.

Servidumbre legal de paso.—Muy limitados son los preceptos que contienen los Códigos de Bélgica y Francia referentes á esta servidumbre. Se reducen á determinar, de igual modo que el español, que el propietario de fincas enclavadas dentro de otras, sin ninguna salida á la vía pública, tiene derecho á reclamar paso á través de los predios contiguos con obligación de indemnizar el daño que ocasione (art. 682); que este paso debe tomarse del lado más próximo á la vía pública (art. 683); pero fijándolo, sin embargo, en el sitio menos perjudicial para el propietario de la finca que haya de gravarse (art. 684).

Estas disposiciones son las mismas contenidas en los artículos 564, párrafo primero, y 565 de nuestro Código, sin que todas las demás que el mismo comprende en la sección correspondiente se hallen previstas por los Códigos que comparamos.

En cambio, declaran en su art. 685 que la acción para reclamar la indemnización es prescriptible, debiendo el derecho de paso continuar, aunque ya no sea admisible dicha acción, doctrina que no encontramos en el Código patrio.

Servidumbre de medianería.—Tanto los Códigos belga y francés como el español se hallan de acuerdo en que ste la medianería mientras no haya un título, signo exter ó prueba en contrario, en las paredes divisorias de los icios contiguos, de los jardines ó corrales, y en los cer- s que dividen los predios rústicos.

Desaparece esta conformidad en lo relativo á la determinación del signo exterior contrario á la servidumbre. Los Códigos que comparamos consideran que hay señal de no existir medianería: 1.°, cuando lo más alto de la pared esté derecho y á plomo sobre la superficie exterior de uno de los lados y presente por el otro un plano inclinado; 2.°, cuando en uno solo de los lados aparece albardilla ó cornisa y repisas de piedra que se hubiesen hecho al edificar la pared, considerándose en este caso el muro de la propiedad exclusiva del dueño del lado de cuya finca estén las vertientes ó las cornisas y repisas de piedra (artículo 654), y 3.°, cuando tratándose de predios separados por una zanja, la tierra extraída se haya arrojado á uno solo de los lados de aquélla (art. 667). Por lo demás, los Códigos belga y francés no mencionan ninguno de los otros casos comprendidos en el art. 573 del Código patrio.

La doctrina contenida en el art. 574 de este último, referente á la medianería respecto á las zanjas abiertas entre dos heredades, es, según hemos visto, la misma de los artículos 666, 667 y 668 de los Códigos que estudiamos.

Lo mismo sucede con la referente á la reparación de la medianería que regula el art. 575 del Código patrio, y es igual á lo dispuesto por los Códigos de Bélgica y Francia en sus artículos 655, 656 y 669.

Nada dicen estos Códigos respecto al caso previsto en el artículo 576 del nuestro, de que el propietario de un edificio apoyado en una pared medianera quisiera derribarle.

Los artículos 577 y 578 del mismo son fiel reflejo de lo preceptuado en los artículos 658, 659 y 660 de los Códigos belga y francés.

Por último: lo dispuesto en el art. 579 se halla desarrollado con más extensión y en distinta forma por dichos Códigos. Dicen éstos en su art. 657: «Todo copropietario puede apoyar sus construcciones en el muro medianero, haciendo descansar en él tirantes ó carreras, en todo el

grueso de la pared, dejando un espacio de cincuenta milímetros, sin perjuicio del derecho que tiene el dueño colindante de reducir cercenando el tirante hasta la mitad de la pared, en el caso en que el mismo quisiera fijar las vigas en el mismo sitio ó hacer en él una chimenea». Dispone el art. 662: «Ninguno de los dueños colindantes puede hacer excavaciones en el fondo de la pared medianera, ni apoyar en ella obra alguna sin el consentimiento del otro, ó sin hacer, vista su negativa, determinar por peritos los medios necesarios para que la nueva obra no perjudique los derechos del colindante.»

Existen aún otros tres artículos en los Códigos que examinamos, cuyos preceptos no se hallan contenidos en nuestro Código, y que copiamos á continuación:

Art. 661. Todo propietario cuya casa esté contigua á la pared, tiene también la facultad de hacerla medianera en todo ó en parte, reembolsando al dueño del muro la mitad de su valor ó la mitad de lo que importe la porción que se desee convertir en medianera, y la mitad del valor del suelo sobre el que está edificada la pared.

Art. 663. Cada uno puede obligar á su vecino en las ciudades y barrios á contribuir á las construcciones y reparaciones de las cercas que separan sus casas, patios y jardines que hubiere dentro de aquéllas; la altura de la cerca ó pared se fijará conforme á los reglamentos particulares ó á los usos constantes y admitidos, y en defecto de usos ó reglamentos, toda pared de separación entre dos fincas vecinas que en lo futuro se construya ó restablezca, debe tener por lo menos diez pies de altura, comprendiendo el caballete, en las ciudades de 50.000 almas arriba, y ocho pies en las demás.

Art. 665. Cuando se reedifique una pared medianera, ó una casa, las servidumbres activas y pasivas continuarán respecto del nuevo muro ó de la nueva casa, sin que puedan aumentarse, y con tal de que la obra se haga antes que haya podido adquirirse prescripción.

Servidumbre de luces y vistas.—Los Códigos belga y

francés, en sus artículos 675 al 680, dedicados á esta servidumbre, contienen análogos preceptos que el nuestro en los artículos 580 á 583, si bien difieren en cuanto á la forma y altura á que se pueden abrir huecos en paredes no medianeras, por cuanto aquéllos disponen que las ventanas y claraboyas estén provistas de alambreras ó vidrieras que no se abran, y de enrejado cuyas mallas tengan á lo más un decímetro, y un bastidor con cristal pero inmóvil, no pudiendo abrirse sino á veintiseis decímetros por encima del piso á que se quiere dar luz, si es el cuarto bajo, y á diez y nueve decímetros más altas que el suelo de cada uno de ellos en los pisos superiores.

Nada dicen estos Códigos de lo que el patrio consigna en sus artículos 534 y 585.

Del desagüe de los edificios.—No contienen los Códigos que comparamos disposición alguna relativa á esta servidumbre.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.—Bajo este epígrafe consignan los Códigos que estudiamos un solo artículo, el 674, del que es trasunto el 590 del Código español. Todas las demás disposiciones relativas á la plantación de árboles las incluyen en la sección dedicada á la pared y zanja medianera, coincidiendo en sus respectivas doctrinas los artículos 671, 672 y 673 de los mismos con los 591, 592 y 593 de nuestro Código, salvo la excepción contenida en este último artículo respecto á los árboles que sirvan de mojones, no formulada por aquellos Códigos.

También omiten las disposiciones referentes á la prohibición de levantar edificaciones ni plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas sin sujetarse á las condiciones exigidas por las leyes, Ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

De las servidumbres voluntarias.—Estas servidumbres que los Códigos de Bélgica y Francia denominan «derivadas del hecho del hombre», se hallan reguladas de modo

muy semejante por los tres Códigos que comparamos. Lo mismo que el art. 594 de nuestro Cuerpo legal, dispone el 686 de los que son objeto de este estudio, si bien éstos, explicando más minuciosamente el concepto, dicen que es lícito á todo propietario establecer sobre sus fincas, ó en favor de las mismas, las servidumbres que tengan por conveniente, pero «siempre que el gravamen no se imponga á la persona ni en favor de ella, sino solamente en una finca con relación á otra».

Nada se encuentra en los citados Códigos de lo que preceptúa el nuestro en sus artículos 595 al 597, referentes al modo de imponer las servidumbres el nudo propietario, y sobre fincas en mancomunidad ó con el dominio directo separado del útil.

Lo dispuesto por el art. 598 del mismo se halla contenido en el párrafo segundo del art. 686 de los Códigos que comparamos.

Lo propio ocurre con el art. 599, que es igual al 699, incluído por los Códigos belga y francés entre los derechos del propietario del predio dominante.

Y con esto hemos terminado el examen de todos los artículos de los Códigos de Bélgica y Francia que se refieren á las servidumbres. Los artículos 600 al 604 del Código patrio, referentes á la comunidad de pastos, no tienen equivalente en las legislaciones parangonadas.

Del registro de la propiedad.—Ocupándose los Códigos de Bélgica y Francia, al tratar del contrato de hipoteca, de aquellas materias que constituyen el contenido de nuestra ley Hipotecaria, compréndese que no consagren un título especial á definir con la generalidad que lo hace nuestro Código los principios fundamentales relativos al registro de la propiedad. Por otra parte, las disposiciones de aquellos Có-
os han sido reformadas en esta materia por leyes especiales
eriores, de modo que en todo caso la comparación resul-
inútil.

ITALIA

DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES

Libro II.—Título III.—Capítulo II.—Artículos 531 al 672.

Capitulo II: De las servidumbres prediales (artículos 531 y 532).—Sección primera: De las servidumbres que la ley establece (artículos 533 al 535).—§ 1.°: De las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares (artículos 536 al 545).—§ 2.°: De los muros, edificios y fosos medianeros (artículos 546 al 569).—§ 3.°: De la distancia y de las obras intermediarias requeridas para ciertas construcciones, excavaciones y plantaciones (artículos 570 al 582). § 4.°: De la luz y de las vistas (artículos 583 al 590) —§ 5.°: De la vertiente de los tejados (art. 591).—§ 6.°: Del derecho de paso y acueducto (artículos 592 al 615).—Sección segunda: De las servidumbres establecidas por el hecho del hombre.—§ 1.°: De las diferentes clases de servidumbre que pueden establecerse sobre las fincas (artículos 616 al 628).—§ 2.°: De la manera de establecer las servidumbres por el hecho del hombre (artículos 629 al 638).—Sección tercera: De la forma de ejercerse las servidumbres (artículos 639 al 661).—Sección cuarta: De la extinción de las servidumbres (artículos 662 al 672).

Consideraciones generales.—Es, acaso, el Código italiano uno de los más minuciosos en el examen de las servidumbres, siendo sus disposiciones muy semejantes á las de nuestro Código. Las variantes mayores que se encuentran se refieren al plan, porque, según iremos observando, á medida que vayamos exponiendo detalladamente la doctrina, muchos artículos hállanse incluídos en diferentes secciones y bajo distintos concepto, aparte de la diferencia que existe en cuando al plan en general, que fácilmente se puede apreciar á primera vista con la lectura del sumario que encabeza este estudio.

Además, es digna de notarse en este Código la minuciosidad y extensión con que se ocupa en todo lo que á la materia de aguas se refiere, incluyendo en el tratado de servidumbres disposiciones que en nuestra legislación tuvieron cabida en la ley especial de Aguas, por cuya razón habremos

de pasar por alto en este estudio todas esas disposiciones que no consideramos propias de él, y que le darían una extensión mucho mayor de la que sus límites permiten.

También incluye en este tratado doctrinas referentes á la comunidad de bienes que ya quedaron comparadas en su lugar correspondiente en el tomo VII de esta obra.

De las servidumbres en general.—La definición que de las servidumbres da el art. 531 del Código que comparamos, es la misma que da el nuestro, más sin añadir, como éste, que el inmueble, á cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante y el que la sufre sirviente.

Tampoco consigna aquel Código la permisión de constituir servidumbres en provecho de una ó más personas ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada.

Distintas clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas.—Refiriéndose especialmente á las servidumbres establecidas por el hecho del hombre, ó sea á las voluntarias, las clasifica el Código de Italia, en sus artículos 617 y 618, de igual modo que lo hace el nuestro con carácter general, en continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes, definiéndolas en los mismos términos y agregando ejemplos prácticos para su mejor comprensión.

No las clasifica expresamente, como el español, en positivas ó negativas, pero hace uso de estas denominaciones al tratar de las servidumbres en particular.

Caracteres y constitución de las servidumbres.—Nada dice el Código que estudiamos respecto á los caracteres de las servidumbres determinados por los artículos 534 y 535 del Código patrio; únicamente consigna aquél, al tratar de la forma de ejercerse las servidumbres, en su art. 644, á semejanza de lo dispuesto por el párrafo segundo del 535 del nuestro, que si el predio en cuyo favor se ha establecido una idumbre llega á dividirse, la servidumbre se debe á cada de las partes, sin que por esto pueda hacerse más gra- la condición del predio sirviente; así, pues, tratándose

de un derecho de paso, cada uno de los propietarios de una parte del predio dominante debe usarla por el mismo lugar.

En cuanto á la constitución de las servidumbres, hallánse conformes ambas legislaciones en que pueden imponerse por la ley ó constituirse por el hecho del hombre.

Modo de adquirir las servidumbres.—Refiérese el Código italiano en este punto sólo á las servidumbres establecidas por el hecho del hombre, ó convencionales, disponiendo en su art. 629 que las continuas y aparentes se establecen por título, prescripción de treinta años ó por voluntad del padre de familia. En cuanto al modo de contarse el tiempo para la prescripción, se hallan conformes ambos Códigos.

También coinciden en disponer qué las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, no pueden establecerse sino por título, agregando el Código italiano que la posesión, aunque sea inmemorial, no es bastante para establecerlas.

La falta de título en las servidumbres que sólo se adquieren por este medio, únicamente puede suplirse por virtud de un documento que contenga el reconocimiento de la servidumbre y emane del propietario del predio sirviente (art. 634).

No comprende, pues, el Código que comparamos, como medio de suplir esa falta, la sentencia firme, según preceptúa el Código patrio.

La doctrina del art. 541 de nuestro Código envuelve lo que el de Italia denomina establecimiento de la servidumbre por voluntad del padre de familia, y que, según su artículo 632, tiene lugar cuando se establece por todo género de prueba que dos predios, actualmente divididos, hayan sido poseídos por el mismo propietario, y que éste ha puesto ó dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre. El art. 633 dispone, como consecuencia de éste, lo mismo que el 541 de nuestro Código.

Conforme con el precepto del art. 542 del Código español

establece el 639 del de Italia que el derecho de servidumbre comprende todo lo que es necesario para usarlo, pero se extiende en más consideraciones para su aclaración, expresando que el derecho de tomar agua en la fuente de otro, supone el derecho de paso sobre el predio en que la fuente se encuentra; del mismo modo, el derecho de hacer pasar las aguas por el predio ajeno, comprende el de paso á lo largo del canal para vigilar la conducción de aquéllas y procurar la limpia y reparos necesarios; y que en el caso en que un predio esté cercado, deberá el propietario dejar la entrada libre y cómoda al que ejerza el derecho de servidumbre para el objeto precitado.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.—Iguales disposiciones establecen ambos Códigos en cuanto á los derechos y obligaciones de los dueños de los predios dominante y sirviente, ocupándose en esta materia los artículos 640, 641, 645 y 646 del Código de Italia. Sólo se diferencian en que este Cuerpo legal no dicta reglas relativas al modo de contribuir á los gastos de las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre cuando son varios los predios dominantes y pertenecen á distintos dueños; y en cambio, concede derecho al propietario del predio dominante para cambiar el sitio de la servidumbre, si éste prueba que el cambio le reporta una notable ventaja y no produce daño alguno al predio sirviente.

Modos de extinguirse las servidumbres.—Se extinguen las servidumbres, según el Código italiano, en los casos previstos por nuestro Código en los tres primeros números del artículo 546, sin más diferencia que para la prescripción exige el transcurso de treinta años en vez de los veinte que marca nuestra legislación. Los otros tres casos mencionados

el aludido artículo no se hallan previstos por el Código

e comparamos.

e hallan conformes ambos Códigos en que la forma de

prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera.

También dispone el Código italiano, como el español, que si el predio dominante perteneciera á varios en común, el uso de la servidumbre por uno impide la prescripción respecto de los demás, agregando el primero, en su art. 672, que la suspensión ó la interrupción de la prescripción en favor de uno de los copropietarios beneficia igualmente á los demás.

Otras dos disposiciones contiene el Código que es objeto de comparación, que no encontramos en el Código patrio, y son: la primera, que las servidumbres adquiridas por el marido en beneficio del fundo dotal ó por el enfiteuta en beneficio de los predios objeto de la enfiteusis, no concluyen por la disolución del matrimonio ni por la extinción de la enfiteusis; pero cesarán las que se hubieran impuesto sobre el mismo capital por las personas referidas (art. 665); y es la segunda, que el ejercicio de una servidumbre, en un tiempo diferente del que determinan la posesión ó el contrato, no impide la prescripción (art. 670).

De las servidumbres legales en general.—Con pequeñísimas diferencias de redacción, coinciden en su doctrina los artículos 533 á 535 del Código de Italia con los 549 á 551 del patrio.

Servidumbres en materia de aguas.—Como indicamos al comenzar el estudio de este Código, se detiene con gran minuciosidad en la materia de aguas, dictando, no sólo las disposiciones que directamente se relacionan con las servidumbres á que pueden dar lugar, sino también todas aquellas de procedimiento que especialmente se hallan contenidas en nuestra ley de aguas, con las cuales concuerdan literalmente en la mayoría de los casos.

Ciñéndonos ahora á lo que nuestro Código en este punto preceptúa, observamos, en primer término, conformidad completa entre el art. 552 de éste y el 536 del que comparamos.

Nada parecido á lo que ordena el art. 553 del Código patrio se encuentra en el Código italiano, á pesar de su apuntada minuciosidad, y lo mismo ocurre con los preceptos de los artículos 555, 556, 560 y 562.

La servidumbre de estribo de presa se halla regulada de modo análogo al establecido en nuestro Código por el artículo 613 del Código de Italia.

Y, por último, en cuanto á la de acueducto, es aún mayor la semejanza, pues literalmente concuerdan con las disposiciones contenidas en los artículos 557 á 559 y 561 del Código español, las que establece el Código objeto de nuestro estudio en los artículos 598, 602 y 619.

Servidumbre legal de paso.—Insignificantes son las diferencias que existen entre los dos Códigos que comparamos en lo que á esta servidumbre se refiere. Se reducen á que no se halla en el Código italiano lo que dispone el art. 566 del nuestro, y á que en el de Italia se preceptúa que la acción para la indemnización por los perjuicios que produzca esta servidumbre puede prescribirse, subsistiendo el derecho de paso aunque la acción ya no sea admisible.

El Código objeto de nuestro estudio nada preceptúa referente á las servidumbres de paso para ganados.

Servidumbre de medianería.—De igual suerte que nuestro Código, presume la servidumbre de medianería el que comparamos, en cualquier muro de separación entre edificios hasta el punto común de elevación y en cualquier otro muro que sirva de división entre patios, jardines y también entre cercas en el campo (art. 546).

No existe la misma conformidad en cuanto al signo exterior contrario á esta servidumbre; establece el Código de Italia, en su art. 547, que la propiedad del muro divisorio de patios, jardines, huertas ó campos, se determina por el plano inclinado que presenta uno de sus lados y en razón a misma extensión de este plano. Si los salientes, como sas, cornisas y otros análogos, y los huecos cuya pro-

fundidad exceda á la mitad del grueso del muro, se hubiesen hecho al mismo tiempo que éste, se presume que el muro último pertenece al propietario del lado en que se presentan estas señales, aun en el caso de no haber sino una sola. Pero cuando una ó muchas de estas señales están por un lado y una ó muchas por el lado opuesto, se considera el muro como medianero, y en todos casos la posición del plano inclinado prevalece sobre cualquier otro indicio.

Dispone igualmente, en su art. 568, que los vallados no se reputarán comunes cuando un solo predio esté cercado ó tenga linderos.

En cuanto á la medianería de las zanjas y acequias, se hallan unánimes ambos Códigos, con la sola diferencia de que el Código de Italia considera como signo contrario á la medianería cuando el cieno se halla amontonado de uno solo de los lados por más de tres años (art. 560).

Todas las demás disposiciones que el Código italiano contiene referentes á la servidumbre que estudiamos, concuerdan exactamente con las establecidas en el Código patrio.

Servidumbre de luces y vistas.—Comienzan ambos Códigos prohibiendo se abran ventanas ni hueco alguno en pared medianera sin el consentimiento de los dos propietarios.

En la pared no medianera podrán abrirse huecos con sujeción á las reglas que establecen los artículos 584 y 585, que, por discrepar algo de las consignadas en nuestro Código, las insertamos á continuación. Dice el 584 que el propietario de un muro no común, contiguo al predio de otro, puede abrir en el mismo luces ó ventanas con rejas y vidrieras fijas. Estas ventanas deben estar provistas de una alambrera, cuyas mallas no tengan una abertura mayor un decímetro, y de un marco con vidrieras fijas. Dich ventanas no impedirán al vecino adquirir la medianería c muro; pero no podrá, sin embargo, cerrarlas sino en el ca

de apoyar en éste su edificio. Dispone el 585 que estas ventanas no pueden practicarse á una altura menor de dos metros y medio del piso á que quiera darse luz, si se trata del que esté al nivel de la calle, y de dos metros si se trata de dar luz á los pisos superiores. La altura de dos metros y medio debe siempre tenerse en cuenta, aun cuando se trate de la fachada que dé sobre el predio colindante.

Dispone también el mismo Código, en su art. 586, que el que haya construido la medianería no puede abrir ventanas en la parte construida sin intervención del vecino.

Respecto á las vistas rectas y oblicuas sobre la propiedad del vecino, establecen la misma doctrina, diferenciándose únicamente en la distancia que se permiten, que, según el Código de Italia, es de metro y medio para las rectas y de medio metro para las de costado ú oblicuas.

Finalmente, el precepto del art. 585 de nuestro Código es exactamente igual al contenido en el 590 del que estudiamos.

Del desagüe de los edificios.—En esta parte se limitan las semejanzas entre ambos Códigos á la obligación que imponen al propietario de un edificio de construir sus tejados ó cubiertas de modo que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y nunca sobre el suelo del vecino.

Las demás prescripciones de nuestro Código no se hallan consignadas en el de Italia.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.—Con mayor extensión que el Código español se ocupa el que es objeto de nuestro estudio de la materia que sirve de epígrafe á este párrafo. Contiene en los artículos 573 á 577 las siguientes disposiciones que sucintamente exponemos:

l que quiera abrir un pozo de agua viva, una cisterna, a, sumidero ó excusado próximo á un muro ajeno dianero, debe, no habiendo disposiciones contrarias

en los reglamentos locales, conservar la distancia de dos metros entre los límites de la propiedad contigua y el punto más próximo del perímetro interior del muro del pozo de agua viva, cisterna, cloaca, sumidero ó excusado. En cuanto á las tuberías de las letrinas de los albañales, del agua que cae en los techos ó que se hace subir por medio de bomba ó de cualquiera otra máquina, la distancia debe ser de un metro á lo menos, partiendo de la línea divisoria. Igual distancia se conservará para la ramificación de estos conductos, contándose desde la línea divisoria al punto más próximo del perímetro exterior del tubo. Sin embargo, si á pesar de guardarse estas distancias resultase de estos trabajos algún daño para el vecino, se aumentarán las distancias y se ejecutarán los trabajos necesarios para reparar y conservar en buen estado la propiedad del dueño colindante. El que quiere construir contra un muro común y divisorio, aunque sea de su propiedad, chimeneas, hornos, fraguas, caballerizas, almacenes de sal ó materias corrosivas, establecer próximamente á la propiedad de otro máquinas movidas por vapor ú otras fábricas que sean peligrosas para incendio, propensas á explosión ó que produzcan evaporaciones nocivas, debe ejecutar los trabajos y guardar las distancias que según los casos están establecidas por los reglamentos, y á falta de éstos, por la Autoridad judicial, á fin de evitar cualquier daño al vecino.

No pueden hacerse excavaciones para fosos ó canales sin dejar una distancia desde el límite de la propiedad de otro, igual á su profundidad, á no ser que se determine mayor distancia por reglamentos locales. La distancia se mide desde el borde superior de los fosos ó canales más próximo á la línea divisoria; este borde debe tener toda la inclinación posible, y en defecto de este declive, estar protegido por obras de defensa. Cuando el límite del predio ajeno se encuentre en un foso común ó en un camino privado, igualmente medianero ó sometido á servidumbre de paso, la distancia se

mide desde el borde superior antes indicado al borde superior del foso medianero, ó sea á la línea exterior del camino más próximo del nuevo foso ó canal, observando siempre las disposiciones relativas á los declives. Si el foso ó canal se trazase próximo á un nuevo común, no es necesaria la susodicha distancia; pero deben hacerse todas las obras indispensables para impedir cualquier daño.

En lo que á las plantaciones se refiere, también son dignas de notarse las diferencias que entre ambos Códigos existen, pues el de Italia establece más distinciones que el español, como se desprende de los artículos 579 y 580, que copiamos para mayor claridad.

Dice el art. 579: «No está permitido hacer plantaciones hacia el límite de la propiedad de un vecino, sin dejar las distancias prescritas por los reglamentos locales. A falta de éstos, deben observarse las siguientes distancias: 1.° Tres metros para los árboles de alta copa. Se reputarán en cuanto á la distancia, árboles de alta copa, aquéllos cuyo tronco simple ó dividido en ramas se eleva á una altura notable, como los nogales, castaños, encinas, pinos, cipreses, olmos, álamos, plátanos y otros semejantes. Las acacias y los morales de la China se asimilan para la distancia á los árboles de alta copa. 2.° Metro y medio para los árboles que no son de alta copa. Se reputan que no son de alta copa aquellos cuyo tronco se eleva á una altura poco considerable dividiéndose en ramas, tales como perales, manzanos, cerezos y, en general, árboles frutales, no designados en el núm. 1.°, así como también morales, sauces, acacias para sombras y otros semejantes. 3.° Medio metro para las viñas, arbustos, malezas vivas, morales enanos, lo mismo que para los árboles frutales de pequeña alzada, ó que sirvan de espaldares, y cuya altura no pase de dos metros y medio. La distancia será, sin embargo, de un metro para las malezas formadas de sauces, castaños ú otros árboles semejantes que se cortan periódicamente junto al tronco, y de dos metros para las

malezas de acacias. Las distancias prefijadas no son necesarias cuando el predio está separado del colindante por una pared particular ó medianera, siempre que las plantas estén cuidadas de modo que no excedan de la altura del muro.

El art. 580 preceptúa que para las plantas que crecen y para las plantaciones que se hagan en el interior de los montes contiguos á los límites respectivos, sea sobre los bordes de los canales ó á lo largo de los caminos vecinales, sin perjudicar la corriente de las aguas, ni la circulación, ni á las comunicaciones, se observarán, á falta de Reglamentos, los usos locales, y sólo en defecto de éstos, las distancias ya indicadas.

Lo mismo que el Código patrio (art. 591), dispone el de Italia respecto á la facultad otorgada al propietario para exigir que se arranquen las plantaciones hechas á menor distancia de las señaladas (art. 581), y para obligar que se corten las ramas que se extiendan sobre su heredad, y para cortar por si mismo las raíces que se introduzcan en su suelo (art. 582).

Por último, igual prescripción que el art. 593 de nuestro Código, establece el 569 del italiano.

De las servidumbres voluntarias.—No tenemos que señalar ninguna diferencia en cuanto á las disposiciones de ambos Códigos, toda vez que marchan uniformes en esta materia.

Las prescripciones relativas á la comunidad de pastos que nuestro Código coloca en este capítulo, no tienen equivalentes en el Código de Italia.

Del Registro de la propiedad.—Estas disposiciones se hallan contenidas en el Código de Italia al tratar del contrato de hipoteca, porque en dicho Código, así como en la mayoría de los extranjeros, se desarrolla toda la doctrina de nuestra ley hipotecaria y su Reglamento dentro del mismo Código.

PORTUGAL

Parte segunda: Libro I.—Título III: Capítulo IV.—Sección segunda: De las aguas.—Subsección quinta: De los canales, acueductos particulares y otras obras relativas al uso de las aguas (artículos 456 al 464). Parte tercera: Del derecho de propiedad.—Libro único.—Título IV: De la propiedad perfecta y de la imperfecta.—Capítulo IV: Del derecho de pastos (artículos 2.262 al 2.266).—Capítulo V: De las servidumbres. Sección primera: Disposiciones generales (artículos 2.267 al 2.271). Sección segunda: De las servidumbres constituídas por hecho del hombre (artículos 2.272 al 2.281).—Sección tercera: De las servidumbres constituidas por la naturaleza de la cosa ó por la ley (artículos 2.282 al 2.286).—Título V: Del derecho de fruición.—Capítulo III: Del derecho de paso (artículos 2.309 al 2.314).—Título VI: Del derecho de transformación.—Capítulo II: De las restricciones impuestas á la propiedad en favor de la propiedad ajena.—Sección primera: De la plantación de árboles y arbustos (artículos 2.317 al 2.320).—Sección segunda: De las excavaciones (artículos 2.321 al 2.323).—Sección tercera: De las edificaciones (artículos 2.324 al 2.327).—Sección cuarta: De los muros y medianerías (artículos 2.328 al 2.337).—Sección quinta: De la construcción de depósitos de materias nocivas y de otras edificaciones semejantes (artículo 2.338).—Título VII: Del derecho de exclusión y de defensa.—Capítulo II: Del derecho de cerca (artículos 2.346 al 2.353).

Consideraciones generales.—Es el Código de Portugal, sin duda alguna, el que más se separa del español así en cuanto al plan al tratar la materia de servidumbres, como respecto al concepto de cada una de éstas.

Considera, en general, las servidumbres como una propiedad imperfecta, y en el capítulo que las dedica sólo menciona la de aguas, calificando á todas las demás como restricciones del derecho de propiedad, y entre éstas comprende las que nuestro Código denomina de medianería, de luces y vistas, de desagüe y las referentes á las distancias y
s intermedias para ciertas construcciones.

a servidumbre de paso la considera como uno de los
chos que titula de fruición, y la comunidad de pastos
otra de las propiedades imperfectas.

Por último, las servidumbres de acueducto y estribo de presa las incluye entre las disposiciones referentes á los canales, acueductos particulares y otras obras relativas al uso de las aguas, al tratar de la ocupación.

He aquí á grandes rasgos las diferencias generales que existen entre ambos Códigos. Veamos ahora en particular cuáles son sus semejanzas y en qué discrepan.

De las servidumbres en general.—Coinciden ambos Códigos al definir las servidumbres como una carga impuesta á un predio en provecho ó beneficio de otro predio perteneciente á distinto dueño; llamándose sirviente al predio sujeto á servidumbre, y dominante el que de ella se utiliza (artículo 2.267 del Código de Portugal).

No menciona el Código que comparamos lo dispuesto por el nuestro en su art. 531.

Distintas clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas.—Limita el Código portugués la clasificación de las servidumbres á la contenida en el art. 532 del patrio, ó sea en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, definiéndolas respectivamente en su art. 2.270 de igual modo que aquél.

Omite, por consiguiente, la división en positivas y negativas que nuestro Código plantea en su art. 533.

Caracteres y constitución de las servidumbres.—La misma doctrina que establece el Código español en los artículos 534 y 535, desarrolla el Código lusitano, con pequeñas diferencias de redacción, en sus artículos 2.268 y 2.269, declarando la inseparabilidad é indivisibilidad de las servidumbres.

Respecto á su constitución, el Código que estudiamos dice que puede hacerse por acto del hombre, por la naturaleza de la cosa ó por la ley, apartándose algo en este punto de lo que dispone el art. 536 del Código español.

Modos de adquirir las servidumbres.—Al ocuparse en las servidumbres constituidas por hecho del hombre, ó sean

las que nosotros llamamos voluntarias, dispone el Código que comparamos que las servidumbres continuas aparentes pueden constituirse por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el mismo (art. 2.272), no mencionando especialmente la prescripción como lo hace el patrio en su artículo 537, y en su consecuencia, tampoco las reglas establecidas en el 538 para la adquisición en esta forma.

Respecto á las continuas no aparentes y las discontinuas aparentes ó no, también existen diferencias entre ambos Códigos, pues el de Portugal dice que pueden adquirirse por cualquier forma excepto por prescripción, sin perjuicio de las servidumbres adquiridas anteriormente á la publicación del Código, conforme la costumbre y uso del país (artículo 2.273).

Nada dispone para suplir la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción.

Conformes están ambos Códigos en que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, sirve de título, si se enajenase una, para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que al tiempo de la separación se hubiera dispuesto otra cosa.

Omite el Código que estudiamos el precepto del art. 542 del nuestro, ó sea el que dispone que al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.—En este punto establecen las mismas disposiciones ambos Códigos, con pequeñas diferencias de redacción, pero no de esencia (artículos 2.276 ?.278 del Código portugués).

Modos de extinguirse las servidumbres.—Menos minu-so que el Código español, el portugués sólo menciona, 10 modos de extinguirse las servidumbres, los casos 1.°,

2.° y 5.° del art. 546 de aquél, ó sea la reunión en una misma persona de los predios dominante y sirviente, el no uso durante el tiempo de la prescripción y la renuncia ó cesión del dueño del predio dominante (art. 2.279).

Coinciden ambos en declarar prescriptible la forma de prestar la servidumbre, lo mismo que ésta y de la misma manera.

También se hallan de acuerdo en que si el predio dominante pertenece á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto á los demás; agregando el Código que estudiamos que si, por excepción legal, la servidumbre no pudiese prescribir respecto de alguno de los propietarios dominantes, aprovechará el favor de la ley á los demás (art. 2.281).

De las servidumbres legales en general.—Ninguna de las disposiciones generales que nuestro Código establece referentes á estas servidumbres se hallan en el Código de Portugal, por cuanto se limita á consignar la obligación de los predios inferiores de recibir las aguas, tierra y todo lo demás que naturalmente baje de los superiores, añadiendo, como justificación de su plan, que todas las demás servidumbres, denominadas de interés público ó particular, son verdaderas restricciones del derecho de propiedad, y como tales, están reguladas en el lugar oportuno.

Servidumbres en materia de aguas.—Como ya hemos dicho en el párrafo anterior, el Código de Portugal reconoce la servidumbre de los predios inferiores en cuanto al agua, tierra, etc., que naturalmente cae de los superiores, estableciéndola en su art. 2.282 en los mismos términos que el artículo 552 de nuestro Código.

Contiene, además, el Código que comparamos en sus artículos 2.283 al 2.285 las siguientes disposiciones, sin concordantes en el Código patrio. Dicen dichos artículos que el dueño del predio donde haya obras defensivas para contener las aguas, ó donde sea necesario, por la variación de curs

de éstas, construirlas de nuevo, queda obligado á hacer los reparos precisos, ó tolerar que los hagan, no siendo en perjuicio suyo, los dueños de los predios que padezcan ó se hallen expuestos á peligros inminentes por falta de estos reparos: lo expuesto es aplicable á los casos en que sea necesario desembarazar algún predio de materiales cuya acumulación estorbe el curso de las aguas con perjuicio ó riesgo de tercero. Todos los propietarios que participen del beneficio que resulte de las mencionadas obras, quedan obligados á contribuir al gasto en proporción del beneficio, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda pesar sobre el causante del daño en los casos de culpa ó dolo.

Las demás disposiciones que el Código de Portugal contiene referentes á las servidumbres en materia de aguas, hallánse expuestas en la parte segunda, que trata de la adquisición de los derechos, y en el título III sobre la ocupación, desarrolla convenientemente toda la doctrina relativa á las aguas y su uso, comprendiendo la servidumbre de acueductos y la de estribo de presa.

En cuanto á esta última, se halla regulada, de igual modo que en el art. 554 de nuestro Código, en el 463 del lusitano, añadiendo este: que los predios urbanos no están sujetos á esta servidumbre.

Respecto á la de acueducto, no son tan semejantes ambos Códigos, si bien las diferencias son de poca entidad.

Preceptúa el Código portugués que es permitido á cualquiera encauzar, subterráneamente ó á descubierto, las aguas á que tenga derecho, á traves de los predios rústicos ajenos, no siendo éstos quintas ó cortijos cercados, jardines, huertas ó patios adyacentes ó predios urbanos, previa indemnización de los perjuicios que de la obra resultasen á los predios expresados. Los dueños de los predios sirvientes drán también derecho á obtener indemnización por los juicios que, de futuro, puedan causarles la filtración ó nida de las aguas, ó por el deterioro que experimenten

sus fincas á consecuencia de las obras construídas para la conducción (art. 456).

Las cuestiones relativas á la dirección, naturaleza y forma del acueducto y al importe de la indemnización, serán resueltas sumariamente por el Poder judicial, si las partes no hallasen una solución amistosa (art. 457). Pertenece á los dueños de los predios sirvientes todo lo que naturalmente produzcan las obras de tierra hechas para el encauce de las aguas, y están obligados á conceder paso para la inspección del acueducto ó para que se hagan en él las reparaciones accesorias, y asimismo á no hacer cosa alguna que en cualquier forma pueda perjudicar el acueducto ó el curso de las aguas (art. 458). Los dueños de los predios sirvientes pueden, además, exigir en cualquier tiempo que el acueducto se traslade á otro sitio del predio que el que ocupe, si les conviene el cambio y no perjudica los intereses del dueño del cauce; pero han de hacer á su costa las obras necesarias (art. 459).

Los dueños de los predios inferiores á aquel á que se dirige el acueducto están obligados á recibir las aguas vertientes y á darles paso, siempre que sean indemnizados de los perjuicios que de ello se les origine (art. 461).

Como se ve por la lectura de los anteriores artículos, hay algunas diferencias con lo dispuesto por el Código patrio en sus artículos 557 á 561.

Y nada más encontramos en el Código lusitano que se refiera á servidumbres en materia de aguas, no hallándose, por consiguiente, en él reguladas las que nuestro Código menciona en sus artículos 553, 555, 556 y 562.

Servidumbre legal de paso.—Considera el Código que comparamos esta servidumbre como uno de los derechos que denomina de fruición, y así, titula el capítulo que de ella se ocupa «Del derecho de paso».

A pesar de esta diferencia de apreciación en cuanto á sus preceptos, son muy semejantes los Códigos que compa-

ramos, hasta el punto de que algunos artículos coinciden literalmente.

Lo mismo dispone el art. 2.309 del Código portugués que el párrafo primero del 564 del nuestro, no consignando aquél las reglas de los párrafos segundo y tercero de este último.

También se hallan conformes en que esta servidumbre debe darse por el lado que menos perjudique al predio sirviente, si bien no añade el Código lusitano, como el nuestro, que se dé por donde sea menor la distancia al camino público, en cuanto fuese conciliable con la regla anterior.

Nada preceptúa el Código que estudiamos referente á la anchura de esta servidumbre.

La regla que dicta el art. 567 de nuestro Código se halla también contenida en el 2.311 del de Portugal, si bien con algunas variaciones, por lo que la copiamos para su mejor apreciación. Dice así: «Si el predio enclavado hubiera sido transmitido por el dueño de alguno de los predios colindantes por donde pueda abrirse paso, recaerá la preferencia de la servidumbre sobre las fincas del que hubiera hecho la transmisión. Si la situación del predio enclavado proviniese de particiones, la servidumbre recaerá en el predio ó predios de que formaba parte.»

Como consecuencia del carácter que este Código comunica á la servidumbre de paso, dispone, en su art. 2.312, que al adquirente del derecho de paso no le pertenece la propiedad del terreno, sino solamente la servidumbre, que se regirá por los artículos 2.267 á 2.285.

Los artículos 2.313 y 2.314 son trasunto fiel del 568 y 569 de nuestro Código.

Por último, nada dispone el Código de Portugal respecto á las servidumbres de paso para ganados.

Servidumbre de medianería.—Esta servidumbre, en lo que se refiere á las fincas urbanas y rústicas, la trata el Código que comparamos como una de las restricciones impues-

tas á la propiedad en beneficio de la propiedad ajena; y en lo tocante á las zanjas y acequias, la incluye entre las disposiciones que regulan el derecho de cerca.

De conformidad con lo que dispone el art. 572 de nuestro Código, establecen el 2.336 y 2.337 del lusitano que los muros entre predios rústicos, ó entre patios y posesiones urbanas, se entiende que son comunes en toda su altura siendo iguales los edificios, y hasta la altura del inferior si no lo fuesen, salvo prueba ó señal en contrario.

Son señales que excluyen la presunción de medianería: 1.°, la existencia de estacas situadas sólo á un lado del predio; 2.°, el sostener el muro en toda su extensión cualquier construcción que esté construída sólo de uno de los lados; 3.°, aparecer en la pared, sólo de un lado, guardacantones de piedra enclavados en toda la extensión de la pared; 4.°, no hallarse el predio contiguo igualmente cercado por otra parte. En el caso del núm. 1.°, se entenderá que el muro pertenece á aquel para cuyo lado se inclina la ladera, ó se hallan las construcciones ó señales mencionadas.

Hemos preferido copiar íntegro el artículo anterior para apreciar mejor las notables diferencias que le separan del 573 del Código patrio.

Lo dispuesto por el 574 de este último es igual á lo contenido en el 2.348 y 2.349 del que comparamos, salvo que éste exige el transcurso de un año para presumir que es exclusivamente de uno de los predios la zanja ó reguera cuando las excavaciones y trabajos de limpieza se hallan sólo de un lado.

La doctrina referente á la reparación y construcción de las medianerías establecida en el art. 2.334, difiere bastante de la consignada en el 575 de nuestro Código, como puede observarse por la lectura del mismo, que dice así: «La reparación y construcción del muro común se hará por cuenta de los condueños, en proporción de su respectiva parte. § 1.°

Si el muro fuese simplemente una cerca, el gasto se dividirá entre los condueños por partes iguales. § 2.° Si además de cerca, alguno de los condueños aprovechase el muro para un objeto que no fuese común al otro dueño, ó á varios si los hubiera, el gasto se prorrateará entre todos en proporción al provecho que cada cual sacase. § 3.° Si el hundimiento del muro proviniese exclusivamente de un acto del que uno de los consortes sacare provecho, sólo éste estará obligado á construirlo ó repararlo.

Todas las demás disposiciones relativas á la servidumbre de medianeria que contiene el Código de Portugal en sus artículos 2.230 á 2.233, son equivalentes á las que dicta nuestro Código en el 577, 578 y 579, á excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo de este último artículo.

Servidumbre de luces y vistas.—Según ambos Códigos, ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared común ventana ni hueco alguno.

En equivalencia á lo dispuesto por nuestro Código en los artículos 581 á 583, sólo encontramos en el Código portugués el 2.325, que se aparta bastante del contenido de aquéllos, ordenando que el propietario que levantare un muro, pared ó cualquier otra edificación junto al lindero de su terreno, no podrá abrir en él ventana ó poner terrados y barandas que den sobre el predio vecino sin dejar una distancia de un metro cinco decímetros. Lo dispuesto en este artículo no comprende las lumbreras, claraboyas ó tragaluces. Los tragaluces mencionados en el párrafo anterior no prescriben nunca; pero el propietario vecino podrá en todo tiempo edificar aunque tapie ó inutilice los referidos tragaluces.

Conformes los dos Códigos, establecen que lo dispuesto ıriormente no es aplicable á los edificios separados por vía pública.

La prescripción del art. 585 del Código español no tiene ordante en el que comparamos.

Del desagüe de los edificios.—De los tres artículos que comprende la sección de este título en el Código español, únicamente el primero tiene equivalente en el de Portugal, que dispone en su art. 2.327 que el propietario debe edificar de modo que el borde de su tejado no vierta sobre el predio vecino, dejando un espacio de cinco decímetros, si de otro modo no se puede evitar.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.—Con pequeñas diferencias de forma, se desarrolla la doctrina del art. 590 de nuestro Código, en el 2.323 y en el 2.338 del de Portugal.

Respecto á la plantación de árboles, difieren notablemente, pues el Código que comparamos, en su art. 2.317, permite la plantación de árboles y arbustos á cualquier distancia de la línea divisoria que separe del predio colindante aquel en que se hiciere la plantación; pero el dueño del otro predio puede arrancar y cortar las raíces que se introduzcan en su terreno y las ramas que pendiesen sobre él, mientras no traspase la línea divisoria referida, si el dueño del árbol, avisado oportunamente, no lo hubiese hecho en el término de tres días.

Por último, el art. 593 del Código patrio se halla esencialmente contenido en el 2.319 y 2.320 del que es objeto de nuestro estudio.

De las servidumbres voluntarias.—Muy pocas de las disposiciones que nuestro Código dicta en el capítulo que á estas servidumbres dedica tienen equivalentes ó concordantes en el Código lusitano; se hallan reducidas á los artículos 2.275 y 2.277, que son semejantes al 598 y 599 respectivamente del Código patrio.

En cuanto á la comunidad de pastos, existe completo acuerdo entre ambos Códigos; únicamente hay la diferencia de que el lusitano no fija, como el español, las bases pa la redención de esta servidumbre, á falta de convenio en las partes.

Nada dice el Código que comparamos de las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

Del registro de la propiedad.—Ocupándose el Código de Portugal, al tratar del contrato de hipoteca, de todo lo que al sistema hipotecario se refiere, en dicho lugar se encuentran desarrolladas las disposiciones que el título último del libro II de nuestro Código indica, solamente como preceptos generales, refiriéndose para su determinación minuciosa á la ley Hipotecaria que deja vigente.

GUATEMALA

DE LAS SERVIDUMBRES

Libro II.—Título XIII.—Artículos 1.189 á 1.308.

De las servidumbres (artículos 1.189 á 1.200) —§ 1.° De las servidumbres legales en general (artículos 1.201 y 1.202).—§ 2.° De la servidumbre legal de aguas (artículos 1.203 á 1.235).—§ 3.° De la servidumbre legal de paso (artículos 1.236 á 1.245).—§ 4.° De la servidumbre legal de medianería (artículos 1.246 á 1.265).—§ 5.° De la distancia que se requiere para ciertas construcciones y plantaciones (artículos 1.266 á 1.272).—§ 6.° De las luces y vistas que conforme á la ley puedan tenerse en la propiedad del vecino (artículos 1.273 á 1 277).—§ 7.° De la servidumbre legal de desagüe (artículos 1.278 y 1.279).—§ 8.° De las servidumbres voluntarias en general (artículos 1.280 á 1.283).—§ 9.° Cómo se adquieren las servidumbres voluntarias (artículos 1 284 á 1 290).—§ 10. Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios entre los que está constituida alguna servidumbre voluntaria (artículos 1.291 á 1.301). § 11. De la extinción de las servidumbres voluntarias y legales (artículos 1.302 á 1.308).

Consideraciones generales.—Obsérvase á primera vista una diferencia esencial entre el plan que nuestro Código ota en la exposición de la doctrina sobre las servidumbres, observado por el Código de Guatemala; aquél, más cien- á nuestro entender, se ocupa en primer término de las dumbres en general, determinando las distintas clases

de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas, modos de adquirirse, derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente, terminando con los modos de extinguirse las mismas y todo esto con relación á las dos clases de servidumbres que constituyen la clasificación fundamental, ó sean las legales y las voluntarias. Una vez consignados estos preceptos generales, dedica un capítulo especial á las servidumbres legales y otro á las voluntarias, quedando de este modo terminada la exposición de la doctrina.

En el Código de Guatemala, por el contrario, se nota cierta confusión en el plan, pues dedica unos cuantos artículos á las servidumbres en general, en los que determina su concepto y clasificación, pasando á seguida al examen de las distintas servidumbres legales, luego al de las voluntarias, destinando párrafos especiales á la adquisición de estas servidumbres, á los derechos y obligaciones de los propietarios de los predios entre los que estén constituidas dichas servidumbres voluntarias, y ocupándose, por último, de la extinción de las mismas, pero ya con relación á las dos clases de legales y voluntarias. No creemos necesarias más explicaciones después de esta enumeración de los planes respectivos de ambos Códigos, para comprender las diferencias que al principio apuntamos y la justificación de nuestro dicho, afirmando la superioridad del orden expositivo seguido por el Código español.

Aparte de estas diferencias de plan, existen otras importantísimas que atañen á la doctrina, y que ya quedan apuntadas en el estudio comparativo del tomo VII. El Código de Guatemala incluye en la materia de servidumbres como obligación de todo propietario, el derecho que nuestro Código les concede de cerrar y cercar una finca en todo ó en parte; al tratar de la servidumbre legal de paso, incluye también el derecho de apeo, deslinde y amojonamiento que el nuestro trata en otro lugar y con más extensión; y, por

último, en la servidumbre legal de aguas consigna los preceptos concernientes á lo que el Código patrio considera como una de las propiedades especiales, la propiedad especial sobre las aguas. Todas estas diferencias vienen á justificar una vez más la confusión que antes decíamos existe en este punto en el Código guatemalteco.

Esto consignado, á modo de comparación general entre ambos Códigos, veamos las diferencias que existen en particular entre sus disposiciones con relación á los distintos epígrafes que este tomo comprende.

De las servidumbres en general.—De igual modo que el artículo 530 del Código español, define las servidumbres el 1.189 del gualtemalteco, aunque en aquél resplandece mayor sobriedad en la expresión.

Queriendo, sin duda, el Código que comparamos explicar más aún el concepto de la servidumbre, dedica el artículo siguiente á este objeto, disponiendo en él que la servidumbre consiste en no hacer ó en tolerar. Para que al dueño del predio sirviente pueda exigírsele la ejecución de un hecho, es necesario que esté expresamente determinado por la ley ó por el acto en que se constituyó la servidumbre.

No dispone, en cambio, como el nuestro, que las servidumbres puedan también establecerse en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada (art. 531).

Diversas clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas.—Comienza el Código de Guatemala exponiendo la antigua clasificación de las servidumbres en rústicas y urbanas, que el Código patrio no menciona, y dice en su art. 1.191 que las servidumbres se constituyen para la subsistencia ó comodidad de un edificio ó del objeto á que ·e se destina, ó para la comodidad y usos de un objeto ·ícola: las primeras se llaman urbanas y las segundas ·sticas, sin consideración á que la finca esté en poblado ó ·l campo.

Ambos Códigos coinciden en la clasificación de las servidumbres en continuas ó discontinuas, y aparentes ó no aparentes, así como en la determinación del concepto de cada una de estas especies, añadiendo el de Guatemala, para mayor claridad, ejemplos de ellas.

Por último, la clasificación que el Código español hace de servidumbres positivas y negativas, no la encontramos en el guatemalteco.

Caracteres y constitucion de las servidumbres.—Literalmente iguales son los artículos 1.197 y 1.199 del Código de Guatemala y los 534 y 535 del español, relativos unos y otros á la inseparabilidad ó indivisibilidad de las servidumbres; pero el primero de dichos Cuerpos legales añade el art. 1.198, disponiendo en él que si las fincas mudan de dueño, la servidumbre continúa, ya activa, ya pasivamente, en el predio ú objeto en que estaba constituida hasta que legalmente se extinga.

En cuanto á la constitución de las servidumbres, ambos se hallan conformes en que puede hacerse por la voluntad de los propietarios ó por la ley; pero este precepto lo establece el Código de Guatemala de un modo más circunstanciado que el patrio, diciendo (art. 1.200) que las servidumbres provienen del contrato ó última voluntad de los propietarios y de la ley, ya sea que las establezca expresamente, ya sea que las autorice en virtud de la prescripción.

En este mismo artículo consigna, en su segundo párrafo, la obligación de todo propietario de cerrar y cercar su propiedad, á lo que ya se hizo referencia en el estudio comparativo del tomo VII.

Modos de adquirir las servidumbres.—Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por cualquier título legal, incluso la prescripción, según ambos Códigos; pero el de Guatemala no establece, como el nuestro, un plazo especial y privativo para adquirirlas por este último título. Respecto

á las continuas no aparentes y á las discontinuas sean ó no aparentes, se hallan también conformes en que sólo se podrán adquirir en virtud de título legal, exceptuando la prescripción.

Nada dice el Código de Guatemala de lo consignado en el art. 538 del patrio, referente al modo de contar el tiempo para adquirir por prescripción las servidumbres continuas y aparentes.

El Código de Guatemala consigna, en su art. 1.286, el precepto, que no hallamos en el español, de que al que pretende tener derecho á una servidumbre le incumbe probar, aunque esté en posesión de ella, el título en virtud del cual la goza.

En cuanto á los modos de suplir la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, añade el Código que comparamos, á los contenidos en el art. 540 del nuestro, la confesión judicial, hallándose completamente de acuerdo respecto de los demás.

Conformes se hallan también los dos Códigos en lo relativo á la importantísima doctrina del signo aparente de servidumbre establecido ó conservado por el propietario de ambas fincas, que sirve de título para que la servidumbre continúe si se enajenase una, á no ser que al tiempo de dividirse la propiedad se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, con la sola diferencia que el Código patrio añade: «ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

Por último, el precepto final de esta sección en nuestro Código por el cual se dispone que al constituirse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso, es igual al contenido en el art. 1.289 del Código guatemalteco, el cual agrega además que, extinguida
illa, cesan también estos derechos accesorios; pero,
n el art. 1.290, esta última disposición no comprende
llos medios que se han obtenido por un título indepen-
te de la servidumbre.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.—Con mayor amplitud que el Código español, desarrolla esta doctrina el que estudiamos, siendo, como consecuencia, mayores las diferencias que existen.

Es de notar para mayor esclarecimiento, que el Código de Guatemala desarrolla la doctrina concerniente á los derechos y deberes de los propietarios de los predios dominante y sirviente, con relación á las llamadas servidumbres voluntarias, y como muchos de esos preceptos son aplicables á las servidumbres legales, así lo declara al tratar de éstas en general en su art. 1.202 para todos los casos en que respecto de ellas no esté establecido algún precepto especial.

La doctrina del art. 543 del Código español se encuentra desarrollada con alguna variación en los artículos 1.292 y 1.293 del guatemalteco: éstos disponen que el dueño del predio dominante puede hacer á su costa todas las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, estando obligado á hacer á su costa también las obras necesarias para que al dueño del predio sirviente no se cause por la servidumbre más gravamen que el consiguiente á ella; y si por su descuido ú omisión se causase otro daño, estará obligado á la indemnización. Como se ve, no contienen estos artículos el precepto del segundo párrafo del 543 de nuestro Código; pero, en cambio, consignan otros que en el nuestro no se encuentran.

Tampoco hallamos en el Código de Guatemala nada que se refiera á lo preceptuado en el art. 544 del español respecto al modo de contribuir á los gastos de las obras citadas cuando son varios los dueños del predio dominante, y cuando el del sirviente se utiliza en algún modo de la servidumbre.

Igual en su doctrina, si bien con algunas diferencias de redacción, es el art. 545, último de la sección tercera, que se ocupa en esta materia, de nuestro Código, á los 1.295

y 1.296 del de Guatemala, añadiendo este último, y es la única distinción que entre ellos existe, que el dueño del predio dominante no podrá rehusar el cambio del lugar de la servidumbre si no se perjudica.

Quedan ahora otros cinco artículos en el Código de Guatemala referentes á este punto que no se hallan en el Código patrio, por cuya razón los transcribimos literalmente, y son los siguientes:

«Art. 1.297. El dueño del predio sirviente puede ejecutar las obras que hagan menos gravosa la servidumbre, si de ellas no resulta perjuicio alguno al predio dominante.

Art. 1.298. Si de la conservación de dichas obras se siguiese algún perjuicio al predio dominante, el dueño del sirviente estará obligado á restablecer las cosas á su antiguo estado y á indemnizar de los daños y perjuicios.

Art. 1.299. Si el dueño del predio dominante se opone á las obras de que trata el art. 1.297, el Juez decidirá, previo informe de expertos.

Art. 1.300. Cualquiera duda sobre el uso y extensión de las servidumbres, se decidirá en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, sin imposibilitar ó hacer muy difícil el uso de la servidumbre.

Art. 1.301. Si el predio dominante se divide entre diversos propietarios, la servidumbre quedará á favor de todos y de cada uno, sin que pueda alterarse la forma de ella en perjuicio del sirviente. Mas si la servidumbre estaba establecida á favor de una de las partes del dominante, sólo el dueño de esta parte podrá continuar disfrutándola.»

Modos de extinguirse las servidumbres.—Distingue el Código de Guatemala entre la extinción de las servidumbres voluntarias y de las legales, aplicándolas preceptos distintos, á diferencia del Código patrio, que consigna la misma doctrina para todas las servidumbres en general.

El art. 546 de nuestro Código, que expone los casos en que las servidumbres se extinguen, es muy semejante

al 1.302 del de Guatemala, que contiene los mismos casos, pero aplicándolos solamente á las servidumbres voluntarias, notándose entre ellos las siguientes diferencias. En el caso 1.°, ó sea por reunirse en una misma persona la propiedad de ambos predios, dominante y sirviente, agrega el Código que comparamos que no se restablecen por una nueva separación, salvo lo dispuesto en el art. 1.288 (referente á la existencia de signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas); pero si el acto de reunión era resoluble por su naturaleza y llega el caso de la resolución, renacen todas las servidumbres como estaban antes de la reunión. En el caso 2.° son aún mayores las diferencias. Dice el Código patrio «por el no uso durante veinte años»; el de Guatemala dispone diversos plazos, según la clase de servidumbre, y así, preceptúa que cuando la servidumbre fuese continua y aparente, se extingue por el no uso de cinco años, si hubiese buena fe, y de diez si no la hubiese, contados desde el día en que dejó de existir el signo aparente de la servidumbre. Cuando fuese discontinua ó no aparente, por el no uso de diez años, si hubiere buena fe, y de doce si no la hubiere, contados desde el día en que dejó de usarse por haber ejecutado el dueño del fundo sirviente acto contrario á la servidumbre, ó por haber prohibido que se usara de ella. Si no hubo acto contrario ó prohibición, aunque no se haya usado de la servidumbre, ó si hubo tales actos, pero continúa el uso, no corre el tiempo de la prescripción.

El caso 3.° es exactamente igual en ambos Códigos.

El caso 4.° de nuestro Código es análogo al 5.° del de Guatemala, con distinta redacción.

Y, por último, los casos 5.° y 6.° del Código patrio los incluye bajo un solo caso, el 4.°, el Código que estudiamos, redactado en esta forma: «Por la remisión gratuita ú onerosa hecha por el dueño del predio dominante».

Lo mismo en el art. 547 del Código español que en

el 1.303 del guatemalteco, se dispone que el modo ó forma de prestar la servidumbre puede prescribirse en el tiempo y de la manera que la servidumbre misma.

Lo propio sucede con los artículos 548 y 1.304 respectivamente, los que se hallan unánimes en disponer que si el predio dominante pertenece á varios dueños proindiviso, el uso de uno de ellos aprovecha á los demás para impedir la prescripción.

Con esto termina nuestro Código la sección dedicada á los modos de extinguirse las servidumbres; pero en el de Guatemala quedan aún otros cuatro artículos importantísimos cuyo contenido es el siguiente:

«Art. 1.305. Si entre los propietarios hubiese alguno contra quien por leyes especiales no puede correr la prescripción, ésta no correrá contra los demás.

Art. 1.306. Las servidumbres legales establecidas en utilidad pública ó comunal, se pierden por el no uso de diez años, si se prueba que durante este tiempo se ha adquirido por el que disfrutaba aquéllas, otra servidumbre de la misma naturaleza por distinto lugar.

Art. 1.307. La servidumbre legal de luces y vistas puede perderse por el no uso en los términos que establece la fracción 2.ª del art. 1.302 con las distinciones siguientes:

1.ª Si el dueño del predio dominante cierra voluntariamente el hueco ó ventana, se observará lo dispuesto en la fracción 2.ª citada, y perderá el derecho de volverla á abrir.

2.ª Si la ventana ó hueco han sido cubiertos por el dueño del predio sirviente en virtud del derecho que le concede el artículo 1.275, puede el dueño del dominante abrir la ventana por otro lugar que esté libre, y si destruye la obra que obstruía la primera ventana, recobra desde luego el uso de ella.

Art. 1.308. El dueño de un predio sujeto á una servidumbre legal puede por medio de convenio librarse de ella, las restricciones siguientes:

1.ª Si la servidumbre está constituída á favor de un Mu-

nicipio ó población, no surtirá el convenio efecto alguno respecto de toda la población, si no se ha celebrado interviniendo el Síndico del Ayuntamiento; pero sí producirá acción contra cada uno de los particulares que hayan renunciado á dicha servidumbre.

2.ª Si la servidumbre es de uso público, como la constituída en las márgenes de los predios ribereños, el convenio es nulo en todo caso.

3.ª Si la servidumbre es de luces ó de vistas, el convenio en virtud del cual se renuncia á ella se reputará como una nueva servidumbre de no hacer por parte del que antes disfrutaba las luces ó vistas, y se considerará como dominante el predio que antes era sirviente, y viceversa.

4.ª Si la servidumbre es de paso ó de desagüe, el convenio se entenderá celebrado con la condición de que lo aprueben los dueños de los predios circunvecinos, ó por lo menos el del predio por donde nuevamente se constituya la servidumbre.

5.ª La renuncia de la servidumbre legal de desagüe sólo será válida cuando no se oponga á los reglamentos de policía.»

Todas estas disposiciones no las encontramos en el Código español.

De las servidumbres legales en general.—Más explícito que nuestro Código, el de Guatemala define la servidumbre legal en su art. 1.201 diciendo que es la que existe sin necesidad de convenio ni prescripción, y que como consecuencia natural de la respectiva posición de los predios, reconoce la ley, ya en utilidad pública ó comunal, ya en beneficio de los particulares.

Nada preceptúa el Código que comparamos de lo contenido en los artículos 550 y 551 del Código patrio, relativos á las disposiciones por que se han de regir estas servidumbres, aplicándoles únicamente lo dispuesto respecto á las voluntarias, según ya indicamos anteriormente.

Servidumbres en materia de aguas.—Como consecuen-

cia de incluir en el párrafo que á estas servidumbres dedica el Código de Guatemala, los preceptos concernientes á la propiedad sobre las aguas, existe una gran confusión entre ambas doctrinas, que hace dudar en muchos casos á cuál de las dos se refieren los artículos que componen dicho párrafo, y que aumenta las diferencias con el Código español.

El primer artículo de nuestro Código que de esta materia se ocupa, ó sea el 552, es trasunto fiel de los dos primeros con que el de Guatemala comienza también á tratarla, el 1.203 y el 1.204, consignando que los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre caen de los superiores, asi como la piedra y tierra que arrastran en su curso, y que ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan dichas servidumbres, ni el del superior obras que la agraven.

Los artículos 1.205 á 1.211, 1.216, 1.217 y 1.232 del Código de Guatemala, que siguen á los citados, son pertinentes á la propiedad sobre las aguas.

Los únicos preceptos del Código de Guatemala parecidos á los que nuestro Código contiene en su art. 553 estableciendo la servidumbre legal de las riberas de los ríos para la navegación, flotación, pesca y salvamento, y del camino de sirga, son los consignados en los artículos 1.212 y 1.213 de aquél, que dispone que nadie puede usar del agua de los ríos de modo que perjudique la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de las barcas ó balsas, ó el uso de otros medios de transporte fluvial, sin que para ello valga la prescripción ni otro título, y en iguales términos queda prohibido impedir ó embarazar el uso de las riberas en cuanto fuere necesario para los mismos fines.

No menciona el Código que comparamos la servidumbre de estribo de presa que el Código español regula en su artículo 554.

Respecto á las servidumbres forzosas de saca de aguas y de abrevadero, las establece también el Código de Guate-

mala de un modo indeterminado, y refiriéndose más bien á la propiedad sobre las aguas, á este efecto dice en su artículo 1.214: «El propietario del agua, sea cual fuere su título, no podrá impedir el uso de la que fuere necesaria para el abasto de las personas ó ganados de una posesión ó finca rústica, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad del modo menos gravoso para el propietario; pero tendrá derecho á la indemnización, salvo que los habitantes hubiesen adquirido el uso del agua por prescripción ó por título legal.

Las deficiencias del Código de Guatemala que hemos hecho notar en las servidumbres citadas, no se observan en la de acueducto, que es desenvuelta con muchísima mayor extensión que la trata el Código patrio.

Conformes se hallan ambos Códigos en el derecho que tiene todo el que quiera usar agua de que pueda disponer, de hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños, así como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas. Conformes están también en que esta servidumbre no se puede imponer sobre los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias; é igualmente conformes se encuentran respecto á que el que pretenda usar del derecho citado tiene la obligación de justificar que puede disponer del agua que pretende conducir y de acreditar que el paso que solicita es el más conveniente y el menos oneroso para tercero; consignando el de Guatemala, en lugar de la última obligación que contiene el art. 558 del nuestro, las de pagar el valor del terreno que ha de ocupar el canal según estimación de expertos y un 10 por 100 más, y resarcir los daños inmediatos, con inclusión del que resulte por dividirse en dos ó más partes el predio sirviente, y de cualquiera otro deterioro; disponiendo además en el artículo siguiente que en el caso á que se refiere la disposición anterior, el que pretenda el paso de aguas deberá pagar, en proporción á la cantidad de

éstas, el valor del terreno ocupado por el canal en que se introduzcan, y los gastos necesarios para su conservación, sin perjuicio de la indemnización debida por el terreno que sea necesario ocupar de nuevo, y por los otros gastos que ocasione el paso que se le concede.

Calla el Código que estudiamos respecto del derecho concedido por el art. 560 del Código español al dueño del predio sirviente para poder cerrarlo y cercarlo, y edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias, así como de lo dispuesto en el artículo siguiente, considerando esta servidumbre como continua y aparente; pero contiene en cambio una serie de preceptos que no existen en nuestro Código y que exponemos á continuación.

Ordena en su art. 1.220 que el que haya de usar el derecho de hacer pasar agua está obligado á construir el canal necesario en los predios intermedios, aunque haya en ellos canales para el uso de otras aguas. En el 1.121 dispone que el que tiene en su predio un canal para el curso de aguas que le pertenecen, puede impedir la apertura de otro nuevo, ofreciendo dar paso por aquél, con tal de que no cause perjuicio al reclamante. Dice en el 1.222 que también se deberá conceder el paso de las aguas al través de los canales y acueductos del modo más conveniente, con tal de que el curso de las aguas que se conducen por éstos, y su volumen, no sufran alteración, ni las de ambos acueductos se mezclen. Manda en el 1.123 que si fuese necesario hacer pasar el acueducto por un camino, río ó torrente públicos, deberá indispensable y previamente obtenerse el permiso de la autoridad bajo cuya inspección estén el camino, río ó torrente. La autoridad sólo concederá el permiso con entera ---ción á los reglamentos de policía, y obligando al dueño agua á que la haga pasar sin que el tránsito se impida, eche ni deteriore el camino, ni se embarace ó estorbe el o del río ó torrente (art. 1.224).

El que sin dicho permiso previo pasase el agua ó la derramase sobre el camino, quedará obligado á reponer las cosas á su estado antiguo y á indemnizar el daño que á cualquiera se cause, sin perjuicio de las penas impuestas por los Reglamentos de policía (art. 1.225).

La cantidad de agua que puede hacerse pasar por un acueducto establecido en predio ajeno no tendrá otra limitación que la que resulte de la capacidad que por las dimensiones convenidas se haya fijado al mismo acueducto (artículo 1.228).

Si el que disfruta del acueducto necesitase ampliarlo, deberá costear las obras necesarias y pagar el terreno que nuevamente ocupe y los daños que cause, conforme á lo dispuesto en los números 3.° y 4.° del art. 1.226 (art. 1.229).

Esta servidumbre trae consigo el derecho de tránsito para las personas y animales, y el de conducción de los materiales necesarios para el uso y reparación del acueducto, así como para el cuidado del agua que por él se conduce, observándose respecto de ella lo dispuesto en los artículos 1.238 y 1.243, que luego citaremos (art. 1.230).

Todo el que se aproveche de un acueducto, ya pase por campo propio, ya por ajeno, debe construir y conservar los puentes, canales, acueductos, subterráneos y demás obras necesarias para que no se perjudique el derecho de otro (artículo 1.233).

Si los que se aprovechasen fuesen varios, la obligación recaerá sobre todos, á proporción de su aprovechamiento, si no hubiese disposición ó convenio en contrario (art. 1.234).

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores comprende la limpia, construcciones y reparaciones para que el curso del agua no se interrumpa (art. 1.235).

También ordena el Código de Guatemala que todas las disposiciones concernientes al paso de aguas son aplicables al caso en que el poseedor de un terreno pantanoso quiera desecarlo, ó dar salida por medio de cauces á las aguas

estancadas (art. 1.231), precepto que no existe tampoco en nuestro Código.

Por último, no se consigna en el Código que estudiamos la servidumbre de parada ó partidor de aguas, ni los preceptos generales aplicables á estas servidumbres, contenidos en los artículos 562 y 563 del Código español, pues si bien el artículo 1.215 de aquel Código dice que sus disposiciones acerca de las servidumbres de aguas no innovan de modo alguno los derechos adquiridos legalmente hasta ahora sobre ellas, esto, como se ve, se refiere más bien á derechos antiguos y no á los que puedan nacer durante el régimen actual, para los cuales no hay otra legislación aplicable más que las disposiciones de dicho Código.

Servidumbre legal de paso.—Aparte de la conformidad ó semejanza que por punto general existe entre los Códigos que comparamos respecto de la doctrina de la servidumbre legal de paso, no dejan de ser notables las diferencias.

Coinciden ambos Códigos en declarar que el propietario de una finca ó heredad enclavada entre otras ajenas, sin salida á la vía pública, tiene derecho á exigir paso para el aprovechamiento de aquélla por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización; pero en este último extremo discrepan, pues el Código de Guatemala no distingue, como el patrio, si la servidumbre se establece con vía permanente ó no permanente para los efectos de la indemnización, limitándose aquél á exponer, como regla general, que los respectivos dueños de las heredades sirvientes no pueden reclamar otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen.

Dispone también el Código que comparamos que la acción para reclamar esta indemnización es prescriptible; aunque prescriba, no cesa por este motivo el paso obte-

precepto que no establece nuestro Código.

lugar de lo dispuesto por el Código español en su ar

tículo 565 ordenando que la servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuese conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público, el Código de Guatemala establece una serie de reglas, contenidas en sus artículos 1.238, 1.239, 1.240, 1.241 y 1.243, para determinar el sitio ó lugar en que ha de constituirse la servidumbre. Concede en el art. 1.238 al dueño del predio sirviente el derecho de señalar el lugar donde ha de constituirse la servidumbre de paso. En el 1.239 dispone que si el Juez califica el lugar señalado de impracticable ó de muy gravoso al predio dominante, el dueño del sirviente debe señalar otro. Si este lugar es calificado de la misma manera que el primero, el Juez señalará el que crea más conveniente, procurando conciliar los intereses de los dos predios (artículo 1.240).

Si hubiese varios predios por donde pueda darse el paso á la vía pública, el obligado á la servidumbre será aquel por donde fuese más corta la distancia. Si ésta fuese igual por los dos predios, el Juez designará cuál de ellos ha de dar el paso (artículo 1.241). Y en caso de que hubiese habido antes comunicación entre la finca ó heredad y alguna vía pública, el paso sólo se podrá exigir á la heredad ó finca, por donde últimamente lo hubo (art. 1.243).

Respecto á la anchura de la servidumbre de paso, el Código guatemalteco no se limita, como el nuestro, á disponer que aquélla sea solamente la que baste á las necesidades del predio dominante, sino que esta regulación la encomienda al juicio del Juez, y señala un máximum de cinco metros y un mínimum de dos, á no mediar convenio en contrario de los interesados (art. 1.242).

Y ya no contiene más preceptos referentes á esta servidumbre el Código de Guatemala, pues aunque en la sección correspondiente inserta otros dos artículos, son los referentes al apeo, deslinde y amojonamiento, de que ya nos ocupa-

mos en su lugar correspondiente, en el estudio comparativo del tomo VII.

Como consecuencia, nada se dice en el referido Código de lo preceptuado en el Código español y sus artículos 567 al 570, ambos inclusive, referentes: *a)* á la obligación del vendedor, permutante ó copartícipe de una finca que quede enclavada entre otras suyas, de dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario; *b)* al derecho del dueño del predio sirviente de pedir la extinción de la servidumbre, devolviendo la indemnización percibida, en el caso de que el dueño del predio dominante hubiera unido éste á otro con salida á la vía pública; *c)* á la obligación de dar paso á los materiales ó permitir la colocación de andamios ú otros objetos, previa indemnización, en finca ajena, cuando fuera necesario para construir ó reparar algún edificio; y *d)* á las servidumbres de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, señalando sus anchuras respectivas, á falta de derechos adquiridos, y las disposiciones legales por que deben regirse.

Servidumbre de medianería.—De escasa importancia son las diferencias que existen entre los dos Códigos que comparamos en lo que á la servidumbre de medianería se refiere, pues casi son copia literal el uno del otro.

No contiene el Código de Guatemala la disposición general que establece el nuestro en su art. 571, diciendo que esta servidumbre se regirá por las disposiciones de este título (el VII) y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

En cambio, el Código de Guatemala comienza á tratar esta servidumbre, diciendo en su art. 1.246: «Cuando hay constancia que demuestre quién fabricó la parte que divide los predios, el que la costeó es dueño exclusivo de ella; si consta que se fabricó por los colindantes, ó no consta quién la fabricó, es medianera.»

Coinciden literalmente el art. 572 de nuestro Código y el 1.247 del de Guatemala al determinar la presunción de medianería, añadiendo este último que «si las construcciones no tienen una misma altura, sólo hay presunción de medianería hasta la altura de las construcciones menos elevadas».

También son casi iguales los artículos 573 y 1.248 respectivamente, que determinan cuándo hay signo exterior contrario á la servidumbre de medianería: los casos 1.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.° de nuestro Código son trasunto fiel del 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.° y 7.° del de Guatemala. El 2.° del Código patrio no le incluye el que comparamos, pero éste añade otros dos, el 6.° y el 8.°, que no se hallan en el nuestro, y que son: «Cuando la pared fuere divisoria entre un edificio del cual forme parte, y un jardín, campo, corral ó sitio sin edificio»; y «Cuando la cerca que encierra completamente una heredad es de distinta especie de la que tiene la vecina en todos sus lados contiguos á la primera».

El art. 1.249 es igual al párrafo final del 573 del Código español.

El 574 de éste contiene los mismos preceptos que el 1.250 y el 1.251 del guatemalteco.

Los dos artículos siguientes de este Código no los encontramos en el patrio: dispone el 1.252 que la presunción que se establece en el artículo anterior cesa cuando la inclinación del terreno obliga á echar la tierra de un solo lado. Y el 1.253 dice: «Los dueños de los predios están obligados á cuidar de que no se deterioren la pared, zanja ó seto medianeros, y si por el hecho de alguno de sus dependientes ó animales se deteriorasen deben reponerlos, pagando los daños ó perjuicios que hubiesen causado.»

La misma doctrina contienen los artículos 575 y 576 de nuestro Código, que los 1.254, 1.255 y 1.256 del que estudiamos.

El art. 1.257 de este último no tiene equivalente en el español y preceptúa que «el propietario de una finca conti-

gua á una pared divisoria, no medianera, sólo puede darle este carácter en todo ó en parte, por contrato con el dueño de ella».

Concuerdan literalmente los artículos 577, 578 y 579, con los cuales termina nuestro Código el estudio de la servidumbre de medianería, y los artículos 1.258, 1.259, 1.260, 1.262, 1.263 y 1.264 del guatemalteco.

Éste intercala el 1.261, que dispone que en los casos de mayor elevación de la pared medianera, ésta continuará siendo tal hasta la altura en que lo era antiguamente, aun cuando haya sido edificada de nuevo á expensas de uno solo; y desde el punto donde conservó la mayor altura, es propia exclusivamente del que la edificó, preceptos que no se hallan consignados en el Código español.

Termina el Código que estudiamos, la sección que dedica á la servidumbre de medianería con el art. 1.265, igual en un todo al 396 del nuestro, que le incluye al tratar de la comunidad de bienes, lugar más propio, puesto que no se refiere sólo á la medianería, sino á las partes todas de un edificio.

Servidumbre de luces y vistas.—Muy semejantes son las disposiciones de uno y otro Código en esta materia. A la letra concuerdan los artículos 580 y 1.273 respectivamente del Código español y del guatemalteco. Entre lo dispuesto por el art. 581 y lo que preceptúan el 1.274 y 1.275, que son sus concordantes, existe la diferencia de que el Código de Guatemala exige que la ventana se halle situada lo menos á tres metros de atura sobre el suelo de la vivienda á que da luz, y no señala medida para la ventana, como lo hace el nuestro.

Iguales disposiciones contienen los artículos 582 y 583 del Código patrio, que los 1.276 y 1.277 del de Guatemala, otra diferencia que este último no marca los dos metros distancia entre la pared en que se abran las ventanas y propiedad ajena, y se limita á prohibir que se prolonguen allá del límite que separa las heredades.

Lo contenido en los artículos 584 y 585 de nuestro Código no lo hallamos en el de Guatemala.

Del desagüe de los edificios.—Ambos Códigos contienen las mismas disposiciones respecto á esta servidumbre, con la única diferencia de que el de Guatemala omite lo dispuesto en el art. 587 del nuestro.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.—Igualmente coinciden los Códigos que comparamos en las disposiciones que establecen sobre este punto. Únicamente discrepan en la distancia á que pueden plantarse arbustos ó árboles bajos, que, según el Código de Guatemala, ha de ser de un metro, y en que este Código concede el derecho de pedir se arranquen los árboles aunque estén plantados á mayor distancia que la prescrita, cuando sea evidente el perjuicio que causen.

Añade además su art. 1.267, que dice: «Las servidumbres establecidas por utilidad pública ó comunal, para mantener expedita la navegación de los ríos y la construcción ó reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de esta clase, se arreglan y resuelven por leyes y reglamentos especiales, y á falta de éstos, por las reglas establecidas en este Código.» Estas disposiciones son análogas á las contenidas en el art. 550 del Código español al tratar de las servidumbres legales en general.

De las servidumbres voluntarias.—Conformes están los dos Códigos que comparamos en que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

En lugar de lo preceptuado por nuestro Código en sus artículos 595 y 596, dispone el de Guatemala en el 1.281 que «la constitución de servidumbre se reputa como enajenación en parte de la propiedad del predio sirviente: por lo mismo, los que no pueden enajenar sus cosas, sino con cier-

tas solemnidades ó condiciones, no pueden sin ellas imponer servidumbre sobre las mismas».

Copia del art. 1.282 de este Código es el párrafo primero del 597 del patrio, sin que aquél contenga lo dispuesto en los párrafos siguientes. Consigna en cambio en su art. 1.283 que, «si siendo varios los propietarios, uno sólo de ellos adquiere la servidumbre sobre otro predio á favor del común de ella, podrán aprovecharse todos los propietarios, quedando obligado á los gravámenes naturales que traiga consigo y á los pastos con que se haya adquirido».

Iguales á los artículos 598 y 599 de nuestro Código son, respectivamente, el 1.291 y el 1.294 del de Guatemala.

Y con esto hemos terminado de examinar las disposiciones que respecto á servidumbres contiene el Código de Guatemala, debiendo advertir que dicho Cuerpo omite tratar de la comunidad de pastos, regulada en nuestro Código por los artículos 600 al 604.

Del Registro de la propiedad.—El Código de Guatemala, al tratar del contrato de hipoteca, desarrolla toda la doctrina de nuestra ley Hipotecaria; así es que en aquel lugar inserta las disposiciones que nuestro Código contiene en el título final del libro segundo.

MÉJICO

DE LAS SERVIDUMBRES

Libro II.—Título VI.—Artículos 1.013 al 1.164.

Capítulo I: Disposiciones comunes á todas las servidumbres (artículos 1.043 al 1.055).—Capítulo II: De las servidumbres legales en general (artículos 1.056 y 1.057) —Capítulo III: De la servidumbre legal de aguas (artículos 1.058 al 1.090).—Capítulo IV: De la servidumbre legal de paso (artículos 1.091 al 1.100).—Capítulo V: De la servidumbre legal de medianería (artículos 1.101 al 1.120).—Capítulo VI: De la distancia que, conforme á la ley, se requiere para ciertas construcciones y plantaciones (artículos 1.121 al 1.127).—Capítulo VII: De las luces y vistas que, conforme á la ley, pueden tenerse en la propiedad del vecino (artículos 1.128 al 1.132).—Capítulo VIII: De la servidumbre legal de desagüe (artículos 1.133 y 1.134).—Capítulo IX: De las servidumbres voluntarias en general (artículos 1.135 al 1.138).—Capítulo X: Cómo se adquieren las servidumbres voluntarias (artículos 1.139 al 1.145).—Capítulo XI: Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios entre los que está constituída alguna servidumbre voluntaria (artículos 1.146 al 1.156).—Capítulo XII: De la extinción de las servidumbres voluntarias y legales (artículos 1.157 al 1.164).

El Código de Méjico es una copia literal en esta materia del de Guatemala, y como quiera que al hacer su comparación con el Código patrio incurriríamos en una repetición completa de lo que en el estudio correspondiente al de Guatemala hemos dicho, nos abstenemos de hacerlo y nos remitimos en un todo á lo expuesto en el de este último cuerpo legal.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO SEGUNDO

TÍTULO VII

De las servidumbres.

No es arbitraria y caprichosa la inserción de la doctrina de servidumbres en el lugar que ocupa en el Código civil español; es, por el contrario, hija de la reflexión y de la lógica. No es tampoco mera cuestión de orden: es cuestión de fondo, de doctrina; el plan es efecto de ésta.

Al redactar el Código presentábanse ante sus autores dos corrientes completamente opuestas: una afirmativa del concepto de servidumbre respecto del usufructo, uso y habitación; otra negativa de tal concepto, que excluía de él á los mencionados derechos para limitarle á los gravámenes sobre un fundo en beneficio de otro.

El legislador español optó, en nuestro sentir acer- amente, por la segunda. Examinando, sin duda, la uraleza de todos los derechos que con arreglo al cri- o expuesto primeramente se agrupaban y engloba-

ban dentro del concepto de servidumbre, no podría menos de observar la diferencia del contenido de unos y de otros, y de adquirir, por tanto, la convicción del error de considerarlos como homogéneos y de exponerlos bajo un mismo título.

Estudiando los derechos á los que nos venimos refiriendo, los autores del Código verían que la única nota de semejanza entre ellos se reducía al particular de estar fundados sobre la cosa de un tercero; pero que esta nota no era suficiente para caracterizarlos, por no ser específica, sino común á todos los derechos reales en el sentido lato de la palabra. En cambio, se presentaría á su vista la consideración de que unos de dichos derechos recaen sobre el fruto de la cosa, y otros sobre su substancia, distinción fundamental entre ellos por afectar á su esencia jurídica, y verían también otras diferencias (clase de bienes sobre que pueden constituirse, necesidad en algunos casos de dos predios) que proclamaban en voz franca la heterogeneidad de derechos que pretenden estimarse similares.

Desde el momento en que encarnase en el ánimo del legislador español la diversidad de la naturaleza de los derechos de usufructo, uso y habitación respecto de la de los demás que llevaban la denominación de servidumbres, quedó prejuzgada la cuestión del plan. Si unos derechos eran distintos de otros, no había razón para exponerlos conjuntamente; por el contrario, la lógica, según hemos dicho al principio, indicaba la necesidad de su inserción en lugar diverso. He aquí por qué en el Código español las servidumbres figuran en título separado del usufructo, del uso y de la habitación.

Esto hacen la mayoría de los Códigos extranjeros, constituyendo una excepción el de Austria y el proyecto civil de Alemania, si bien esta misma discrepancia corrobora nuestra idea de que tal circunstancia obedece á una razón de fondo, no de forma, por depender del concepto de la servidumbre. El legislador que estime que dicho concepto no alcanza al usufructo, al uso y á la habitación, tiene que tratar de éstos en lugar especial: el que crea lo opuesto ha de ocuparse forzosamente en igual parte del Código de todos los derechos á los que entienda que debe aplicarse la calificación de servidumbres.

Sentada ya la diferencia entre usufructo, uso y habitación y las servidumbres, es indiferente que los Códigos examinen antes éstas que aquéllos ó viceversa, y así lo consignamos en el estudio del título VI del libro II *(Del usufructo, uso y habitación)*. Sin embargo, confesamos que merece preferencia el orden adoptado por el Código patrio. Conviene recordar que la materia de servidumbres forma parte del libro II de aquel cuerpo legal, cuyo contenido es «los bienes, la propiedad y sus modificaciones». En los bienes se determinan las cosas que pueden ser objeto de la relación jurídica de propiedad; en la parte referente á propiedad se expresa el contenido de ella, los derechos que la integran, y con el concepto "modificaciones de la propiedad", se alude á aquellos estados especiales de ésta en que no se presentan normalmente, es decir, reunidas en la persona del dueño todas las facultades inherentes al domi-
), sino que alguna ó varias de ellas pertenecen á
ien no es dueño de la cosa, de su substancia. Ahora
n: dentro de estos estados anormales de la propie-

clasificación de las servidumbres en reales y personales, lo hubiera hecho expresamente, sentando antes la noción de servidumbre, común á las dos clases.

Fuerza es reconocer, sí, que en el art. 530 se sienta un concepto de la servidumbre correspondiente á la llamada real por los que admiten la distinción de ésta y de la personal, en tanto que el 531 alude á las denominadas personales; pero lo que queremos expresar es que esta duplicidad dispositiva, más que á establecer términos de una división, se encamina á fijar conceptos. Si contienen una clasificación de servidumbre no es por reflexión y con propósito de establecerla, sino por acaso, por resultar espontáneamente de la variedad del concepto.

Responde la definición de la servidumbre contenida en el art. 530, á la idea preponderante y generalizada de la misma, y sus palabras son muy semejantes á las de la mayor parte de los Códigos modernos. Casi todos comulgan por lo regular en una misma noción negativa, en la idea de gravamen, de peso, de carga sobre un predio, noción por la que no es posible conocer la naturaleza del derecho de servidumbre.

Es excepción loable el art. 2.970 del Código de la República Argentina al definir la servidumbre «derecho real perpetuo ó temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede *usar* de él ó ejercer ciertos derechos, ó bien impedir que el propietario ejerza algunos de los derechos de propiedad», idea ésta de uso, con referencia á las servidumbres positivas, admitida ya por la legislación de Partidas (original en este punto por cuanto el Derecho romano no consignó una definición de la servidumbre) al decir que es «*derecho ó* uso

que home ha en los edificios ó en las heredades agenas para servirse de ellas á pro de las suyas», noción la expuesta valorada por la circunstancia de expresar un concepto positivo de la servidumbre y de reflejar la verdad, al menos en cuanto á parte de las positivas, según comprobaremos en el comentario del art. 530 y 531.

El Código español se ha dejado arrastrar por la marea jurídica tradicional y la legislativa contemporánea, y conforme á él es servidumbre todo gravamen sobre un fundo en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño. Dos son, pues, los elementos cardinales que integran la servidumbre: gravamen sobre un inmueble y beneficio de otro.

Nadie puede negar que la servidumbre constituye un gravamen en el sentido de que el dueño de un inmueble tiene que consentir, debe sufrir, que otra persona haga en su fundo algo que no le sería lícito sin la servidumbre, ó debe hacer algo por sí ó abstenerse de practicar lo que le sería permitido en otro caso. El dueño del inmueble tiene limitada por la servidumbre alguna facultad que como tal le corresponde sobre su cosa; es, pues, una carga, un peso, un gravamen, conceptos todos que envuelven, en el orden extra-material, la idea de tolerar, de sufrir. Ahora bien: esta noción de «gravamen» es generalísima, y no sirve para caracterizar á la servidumbre. Gravamen, en el sentido expuesto, es el usufructo, el uso y la habitación, el censo y la hipoteca, y sin embargo, son derechos completamente distintos unos de otros. Para saber que es servidumbre habrá que determinar á qué especie de gravamen corresponde, y una vez encontrada, definirla por ella; pero en tal caso, más directo sería

prescindir de la nota generalísima de gravamen, suprimiéndola. Imposible es, no obstante, hacerlo: el Código la admite y sólo es dable criticarlo y demostrar en qué consiste el contenido del *gravamen-servidumbre*, en oposición al gravamen-usufructo, gravamen-censo, gravamen-hipoteca, etc.

El segundo elemento de la servidumbre—conforme al art. 530—es el beneficio de un inmueble. Su mera indicación revela que el legislador español ha otorgado el concepto de servidumbre á la que, de admitirse este vocablo, constituye la servidumbre por excelencia, la servidumbre denominada real, en oposición á personal, la servidumbre *«á pro de las suyas (heredades)»*, no la de *«para pro de su persona»*, como decían las Partidas.

No entramos aquí á analizar qué se entiende por beneficio, y si es ó no elemento característico de la servidumbre; basta afirmar que el Código lo considera como parte integrante de la misma.

Obsérvase una contradicción entre dos artículos del Código, lindantes: una pugna entre la doctrina del artículo 530 y la del 531: «Si la servidumbre, según el primero, requiere dos fundos, uno que sufra el gravamen y otro en beneficio del cual se constituya, no puede lógicamente ser servidumbre el gravamen que supone la existencia de un solo predio, aquel sobre el que recae la carga. O es ó no necesario el predio dominante: si no lo es, no cabe afirmar su existencia como elemento principal de la servidumbre; si lo es, imposible calificar de servidumbre el gravamen que no lo exige, aquel para el que basta un solo predio.»

No negamos la existencia de los derechos á que se

refiere el art. 531; lo que hacemos es declarar la inconsecuencia del Código, que después de sentar un concepto de la servidumbre, acoge otro. El legislador español se encontró con la histórica cuestión de las servidumbres personales y reales; no se atrevió á aceptar con franqueza esta terminología; acaso la rechazaba porque salta á la vista la preferencia que concede á la servidumbre estricta, á la real; al referirse á ella, al fijar el concepto, comprendió que existían otros derechos similares á los denominados servidumbres, que sólo se diferenciaban en que no se establecían con relación á un fundo, y les abrió las puertas de la legalidad positiva para darlos vivienda en el art. 531. Esta falta de consecuencia es tanto más de lamentar cuanto que, dada la intención del legislador, pudiera obviarse con haber refundido los dos artículos en uno, manifestando que era servidumbre un gravamen sobre un fundo en beneficio de otro fundo, ó en el de una persona. Así quedaban armonizadas las dos tendencias con beneplácito de la lógica y de la verdad.

De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre la finca tratan efectivamente los artículos 532 y 533. Según éstos, las servidumbres pueden ser continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes, positivas ó negativas, modalidades de la servidumbre relativamente al ejercicio, á la forma ó al derecho, según el eminente tratadista italiano.

Dice éste que en toda servidumbre, prácticamente considerada, se distinguen sólo tres elementos, el *de-*, la *forma* y el *ejercicio,* y por tanto, que no se admitir otra distinción que la referente á estos elementos.

Así es, en efecto, y la ley civil española, como casi todas las extranjeras, lo confirma al determinar el por qué de la clasificación de las servidumbres. Son continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre, y discontinuas las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre. Descartando la palabra uso, que implica una redundancia, en cuanto la servidumbre consiste en un uso determinado ó en la prohibición de un uso específico de la cosa ajena, y decir uso de la servidumbre equivale, á lo menos respecto de algunas de ellas, á decir uso de un uso, se ve evidentemente que esta clasificación concierne de manera directa al ejercicio de la servidumbre, y son continuas aquellas que se pueden ejercer constantemente, con independencia de los actos humanos, y discontinuas las que se ejercen con intermitencia por depender su ejercicio de actos del hombre.

Con igual claridad se descubre la exactitud del fundamento de la clasificación de las servidumbres en aparentes ó no aparentes. Son lo primero las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan el aprovechamiento de las mismas; lo segundo las que no presentan indicio exterior de su existencia. Esta clasificación refiérese, pues, á la exteriorización de la servidumbre, al modo con que se presentan, en una palabra, á su forma.

El Código habla también de las positivas y de las negativas, división que afecta al derecho de la servidumbre, á lo que constituye su contenido, su esencia, y así dice que es positiva la que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa, ó,

como diríamos nosotros, la que concede á una persona el derecho de hacer algo en la cosa ajena (uso determinado), y la que impone, al dueño también de igual predio, la obligación de hacer algo por sí, y negativa, la que otorga á una persona el derecho de prohibir al dueño del sirviente hacer algo que en otro caso le sería lícito hacer (prohibición de un uso determinado de la cosa). Las servidumbres positivas y negativas se diferencian, por tanto, en la naturaleza de los actos propios de cada clase de ella, en su fondo, en el derecho que las integra.

A continuación del particular propio de la sección, ó sea las clases de servidumbres, encuéntranse consignados dos principios constitutivos, según la ley, de acuerdo con la tradición jurídica, de atributos esenciales de la servidumbre: su inseparabilidad y su indivisibilidad. Con el primero se quiere expresar la adherencia de la servidumbre á los predios á que activa ó privadamente pertenece, la imposibilidad de considerarla subsistente por sí misma ó con separación del fundo que grava y de aquel en cuyo beneficio se halla establecido, si éste existe; con el segundo se quiere afirmar la inalterabilidad, si existe esta palabra, el mantenimiento de la originaria integridad de la servidumbre, aun en el caso de división del predio dominante y del sirviente. La ley habla de este último principio en términos dogmáticos; fuerza es someterse aquí al absolutismo legal, si bien expresamos el temor que nos asalta de lo verdadero de su infalibilidad.

En el último artículo de la sección menciónase otra ...sificación de las servidumbres, que nos permitimos ...ificar de accidental. Después de manifestar dicho ...ículo, el 536, que las servidumbres se establecen

por la ley ó por la voluntad de los propietarios, dice que las primeras se llaman legales y las segundas voluntarias. La clasificación de las servidumbres es aquí efecto, consecuencia de su origen; esto es lo principal; la división lo accesorio, lo secundario; por esto la hemos calificado así, y añadimos que, en rigor, el precepto debiera figurar en la sección siguiente, en el lugar primero y preferente.

Obsérvase en el Código español—que ha seguido al proyecto de 1882 y abandonado al del 51—la omisión de dos clasificaciones de la servidumbre: la derivada del Derecho romano, en rústicas y urbanas, «aquella que ha una cosa en otra» ó «la que ha una heredat en otra», y la que admitía las naturales ó derivadas de la situación de los lugares, ó sea la del predio superior sobre el inferior, de que se ocupa el 522. La primera obedecía sólo, como dice Germano, á la devoción por el Derecho romano; se refería únicamente á la clase de los bienes sobre los que existía la servidumbre, sin afectar en nada á la naturaleza de ésta. De aquí su no inserción en los Cuerpos legales modernos, excepto algunos, como los de Guatemala y Méjico, los cuales acogen tal división, si bien separándose del criterio romano, pues no fundan aquélla en la naturaleza de los bienes, sino en el objeto de éste. «Las servidumbres se constituyen—dicen respectivamente los artículos 1.191 y 1.045 de los mencionados Códigos—para la subsistencia ó comodidad de un edificio, ó del objeto á que éste se destina, ó para la comodidad y usos de un objeto agrícola; las primeras—añaden—se llaman urbanas y las segundas rústicas, sin consideración á que la finca esté en poblado ó en el campo.»

Respecto de las servidumbres llamadas naturales, el Código español sigue á los dos americanos citados y abandona al francés, belga, italiano y portugués, que las aceptan, aunque el último las estudie conjuntamente con las legales en una sección denominada: «De las servidumbres constituídas por la naturaleza de la cosa ó de la ley.»

Nuestro Código las incluye expresamente entre las legales, á cuyo criterio nos inclinamos, porque en el reino de la naturaleza, el que el agua que discurra por un predio caiga sobre el inferior es un hecho físico, fatal, puesto que la corriente tiene una dirección determinada y sólo reviste, si acaso, este hecho carácter de servidumbre desde el momento en que, por el interés económico de los hombres, precisa la intervención del legislador para no estorbar el curso natural del agua y regular las consecuencias que en el orden de la propiedad podría determinar la alteración de dicho curso.

ART. 530. La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño.

El inmueble á cuyo favor está constituída la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

Concordancias.—Igual al art. 476 del proyecto de Código de 1851 y al 532 del de 1882.

ECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXI.*—Ser-.nbre han los vnos edificios sobre los otros: e las vnas here-·· ·n las otras: bien assí como los señores en sus sieruos. E

pues que en los títulos ante deste fablamos de como los omes pueden ganar, o perder el señorío, e la possession en las cosas: queremos aquí dezir de estas seruidumbres, e mostrar primero que cosa es tal seruidumbre. E quantas maneras son della. E quien la puede poner: e en que cosas, e en que manera. E como se puede perder despues que es puesta.

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 1.ª—Propiamente dixeron los sabios, que tal seruidumbre como esta, es derecho, e vso que ome ha en los edificios, o en las heredades agenas, para seruirse dellas a pro de las suyas. E son dos maneras de seruidumbres. La primera es aquella que ha vna casa en otra, e a esta llaman en latín vrbana. La segunda es la que ha una heredad en otra, e a esta dizen en latín rústica. E avn es otra seruidumbre, que gana ome en las cosas agenas para pro de su persona, e non ha pro señaladamente de su heredad: assí como auer de usofruto, para esquilmar algunas heredades agenas: ó auer el vso tan solamente, en la casa do moraua, o en casas de otri; o en obras de algunos sieruos menestrales, o labradores. E de cada una destas cosas diremos en las leyes deste título.

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 13.ª—En las cosas que son suyas o como suyas, pueden los omes poner seruidumbres, assi como de suso diximos. Pero esto se entiende de aquella seruidumbre, que ome pone en su casa, que sea prouechosa al heredamiento, ó casa de otri, non a la suya. Ca los omes hanse de seruir de sus cosas, non como en manera de seruidumbre, mas usando dellas como de lo suyo. Otrosi dezimos, que non deue ser puesta seruidumbre en cosas sagradas, o sanctas, o religiosas; nin en aquellas que son á vso, e a pro comunal de alguna cibdad, o villa, assi como los mercados, e las plaças, e los exidos, e las otras cosas semejantes dellos.

ART. 531. También pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada.

Concordancias.—Igual al art. 533 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 530 Y 531.—Sirve de entrada á la materia de servidumbre la definición de ella, expuesta en el artículo 530: la servidumbre—dice—es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, perteneciente á distinto dueño.

Este concepto de la servidumbre, tradicional, de abolengo, es el admitido por la mayoría de los Códigos, inspirados, sin duda, en el consignado por el primero, el Código Napoleón. «La servidumbre es una carga impuesta sobre una heredad, para el uso y utilidad de una finca perteneciente á otro propietario», expresa el art. 637 del mencionado Código. «La servidumbre predial consiste—según el art. 531 del italiano—en la carga impuesta sobre un predio para el uso y utilidad de una finca correspondiente á otro propietario.» El Código portugués, en su art. 2.267, declara que «servidumbre es una carga impuesta á un predio en provecho ó servicio de otro predio perteneciente á distinto dueño».

Si de los Códigos europeos pasamos á los americanos, encontramos la misma idea. El art. 1.043 del Código mejicano, y el 1.189 del guatemalteco, definen la servidumbre «un gravamen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra.» Es excepción de esto el de la República Argentina, según hemos visto en la introducción á la sección.

Dedúcese de los conceptos de la servidumbre contenidos en los varios Cuerpos legales vigentes, que los elementos capitales que integran á la servidumbre son dos: gravamen de un inmueble; beneficio de otro. Los estudiaremos cada uno de ellos.

***

Gravamen de un inmueble.—¿Cuál es el significado del gravamen; cuál es su equivalencia? Quiere expresarse con la palabra peso, carga ó gravamen la idea de disminución, de restricción de los derechos del dueño de un fundo. Éste, por virtud de la servidumbre, debe tolerar que una persona haga en su fundo lo que en otro caso no podría hacer, ó no hacer lo que de no existir la servidumbre podría realizar.

Como se ven disminuídas las facultades de dueño en cuanto

tiene que sufrir, bien por acción consintiendo los actos de otro sobre su fundo, bien por omisión, privándose, absteniéndose de ejecutar en su predio lo que le sería perfectamente lícito sin la llamada servidumbre, de aquí hablar de peso ó carga, como algo que grava, que afecta al fundo. Y siendo la libertad el principio de derecho natural que debe regir las relaciones del hombre con sus semejantes ó con las cosas, así como se llamó esclavitud, y más tarde servidumbre á la negación de aquel principio en cuanto á la personalidad, se denominó igualmente, por analogía, servidumbre á esta excepción de la libertad dominical sobre las cosas.

En esta noción de la servidumbre como peso ó carga, constitutiva de un gravamen, abundan la mayoría de los autores civilistas, siendo un punto importantísimo, porque en él está la clave del concepto y de la definición de aquélla.

Admitida por el Código francés la idea de carga, dedúdece que sus autores y los que intervinieron en su discusión habían de pensarlo así.

Aubisson dice que la definición dada por dicho Código es exacta y completa; que la servidumbre es una carga y no un derecho, porque esta palabra sólo puede tomarse en sentido activo, en tanto que la de servidumbre indica por sí misma algo pasivo.

En su discurso sobre el proyecto del título de servidumbre del mencionado Código, Gillet, después de explicar el fundamento de la servidumbre diciendo que el estado de sociedad es de mutua dependencia; que la misma reciprocidad de obligaciones y servicios que liga las personas entre sí, encadena las cosas destinadas á su uso, y que así como no hay libertad tan ilimitada que no sea frecuentemente modificada por el poder de otro, tampoco hay propiedad tan absoluta que no pueda estar subordinada con alguna relación á los intereses de una propiedad extraña—palabras que revelan y reflejan la idea de limitación de dominio, y, por consiguiente, la de gravamen, peso y carga;—añade—que si bajo una acepción restringida, la palabra servidumbre designa un derecho inherente á una heredad para su utilidad, que disminuye la libertad de otra, en una acepción más amplia puédese comprender en ella «toda especie de obligación á que está sujeto un fundo por el interés de otro».

Entre los autores modernos predomina la misma característica de la carga.

Laurent dice que «toma la carga el nombre de servidumbre, porque es impuesta sobre un fundo, denominación derivada de las relaciones de dependencia que someten una persona á otra. En la servidumbre, una heredad se nos presenta sujeta á otra en el sentido de que el dueño de la primera está obligado á sufrir ó no hacer algo en interés de la segunda. Así, aquel cuyo fundo está sujeto á un derecho de paso, debe sufrir la incomodidad de este paso. Por ello, la libertad del fundo gravado con esta carga se disminuye; es el lenguaje de los jurisconsultos romanos, y como metáfora, es exacta en extremo.» «La propiedad—prosigue—es un derecho absoluto y exclusivo; nadie sino el dueño puede entrar en el fundo; si otro tiene este derecho, el fundo no es libre, y esta disminución de libertad aprovecha á otro fundo, en interés del cual se ha estipulado; un fundo sirve, pues, á otro fundo, y de aquí el nombre de servidumbre.»

Pacifici-Mazzoni manifiesta que la voz servidumbre implica una relación de sumisión, una restricción de la libertad, y que aplicada á la cosa corporal, significa que la propiedad de alguien está sujeta á restricción, que disminuye la libertad ilimitada de la que por su naturaleza gozaría en otro caso, y añade que, en correlación á ser un derecho real por subsistir independientemente de toda relación con la persona á quien pertenece la cosa gravada, así como de la que posee el fundo en cuyo provecho se encuentra establecida la servidumbre, es un peso real sobre la cosa gravada ó sirviente.

Sánchez Román expresa que es un derecho real limitativo del dominio, porque su fondo y su naturaleza se constituyen por la idea de restricción, desmembramiento ó fracción del poder jurídico sobre las cosas, afirmando también que tienen un doble aspecto, como derecho y como gravamen, y que sólo bajo esta consideración la idea resulta completa.

Frente á este concierto de civilistas, que más ó menos expresamente afirman que la servidumbre es un gravamen, un peso ó carga sobre un fundo, en cuya virtud se limita, se restringe el ·inio del propietario de él, y se modifica, por tanto, la propie-, se levanta la opinión de un autor italiano, Nicolás Germano, su notable monografía *Tratado de las servidumbres*.

ra desenvolver su teoría, Germano presenta primeramente amientos en que puede apoyarse la contraria, los cuales

reproduciremos aquí. «En la idea del derecho real—dice refiriéndose, según queda expuesto, á los fundamentos de la tesis opuesta á la suya—va implícitamente comprendida la de peso real. La servidumbre es un derecho real por parte de quien tiene derecho de algún uso sobre la cosa ajena; es peso real respecto del que debe soportar que un uso de su cosa ceda en beneficio de otro. El primero tiene derecho de perseguir la cosa ajena para obtener un uso; el segundo tiene la obligación de permitir que la cosa propia esté sujeta á otra, si bien solamente á un uso determinado. Si falta esta correspondencia de derecho y de obligación, falta el derecho real.» Inserta también el razonamiento conocido de la analogía entre el crédito y la obligación, de que «así como al derecho de crédito corresponde un deber de deuda, así al derecho real corresponde un deber real, que en lenguaje técnico se denomina *peso;* y del mismo modo que el derecho es real, real debe ser el peso, porque entre el derecho y la carga debe existir la misma relación que entre el crédito y la deuda, y si el derecho real es independiente, tanto con relación al propietario del fundo dominante como de el del sirviente, así el peso ó carga real conserva la misma independencia, porque la servidumbre se debe á la cosa y no á la persona».

Tales son los razonamientos que pueden encontrarse en pro de la doctrina del gravamen que condensa Germano con acierto. Expongamos ahora la opinión de éste.

Comienza sentando la afirmación de que todo el razonamiento á favor de la doctrina del peso ó carga descansa sobre el error de atribuir á los fundos la facultad de tener derechos y la obligación de soportar pesos ó cargas; que la servidumbre no es más que una fracción del derecho de propiedad atribuída á persona distinta de la que tiene las demás fracciones, para obtener beneficio á favor de un fundo, y que si hay, por tanto, adquisición de un derecho por una parte y pérdida del mismo derecho por otra, no hay obligación por ninguna de ellas; que para existir la *carga* correspondientemente al derecho, es necesario alguien ó algo que la soporte, y ni acontece esto con los predios, porque son inertes, ni con el propietario, pues no tiene obligación, ni debe verificar prestación alguna.

Añade que en pro de su doctrina hay un argumento que no admite refutación, á saber: «Supongamos—dice—la hipótesis de

que se tratase de la propiedad entera y no únicamente de la servidumbre: en tal caso no puede decirse con exactitud que el propietario tiene un derecho y el fundo soporta un peso. Pues por lo mismo—continúa,—quien tiene la propiedad, menos una servidumbre, no tiene obligación, sino sólo derecho sobre la cosa en la que otro ejercita la servidumbre, y análogamente, el que tiene la servidumbre tiene sólo derecho sobre la cosa, pero sin que pueda decir que ésta soporta un peso.» Termina diciendo que ni aun metafóricamente puede llamarse peso ó carga á la servidumbre, porque la metáfora se funda siempre sobre una razón de semejanza, y ésta no existe por el motivo de que si se considera el fundo sirviente como deudor, se desnaturaliza el concepto de la servidumbre.

Conformes estamos con Germano en que la servidumbre es fracción del derecho de propiedad; pero esto no implica que no sea carga ó gravamen. Éste consiste precisamente en que al fraccionarse el derecho de propiedad del fundo para pasar una parte de aquél á favor de otra persona, el dueño del fundo tiene que consentir que aquélla haga lo que sin ese fraccionamiento ó desmembración no podría realizar. El ejemplo que presenta como irrebatible se refuta sin gran esfuerzo. Cuando existe la propiedad plena no hay, en efecto, para qué hablar de carga, porque el dueño puede ejercitar libremente sus facultades dominicales; él solo es quien dispone íntegramente de la cosa; por el contrario, aquel cuya propiedad está desmembrada porque alguna fracción de ella pertenece á otra persona, es lógico que no puede disponer con libertad completa de ella, por cuanto tiene que consentir que el dueño de la parte disgregada ejecute los actos inherentes al dominio sobre esa parte. De aquí que tal desmembración sea un gravamen, un peso, una carga, porque obliga al dueño de un predio á tolerar, á respetar el ejercicio de un derecho sobre la finca, coartándole en este aspecto parcial y limitado su absoluta libertad. Es, pues, una limitación, una restricción de la propiedad. Quien posee un capital económico de cuatro, por ejemplo, pierde uno, vé disminuído aquél en lo que supone esta cantidad; asimismo, quien tiene la plena propiedad sobre una cosa, y luego se desmembra una parte de ella, disminuye también su capital jurídico en lo que representa la fracción separada.

Si una persona es dueña por entero de una finca, le es lícito

hacer en ella lo que quiera, y dedicarla á los usos que estime oportunos, siempre con arreglo á la ley; pero si sobre la finca existe una servidumbre, se verá privado de ejecutar actos que desearía realizar, porque ésta se lo impide. Por ejemplo: sobre una finca rústica existe el derecho de paso para otra finca, el derecho de saca de agua ó abrevadero, el de acueducto, vistas, etc. Pues bien: al dueño de la finca le convendría tal vez suprimir el paso, quitar la fuente, el pozo ó el canal para aprovechar el terreno que ocupan éstos, dedicar la finca á otra explotación ó alzar un edificio, y sin embargo, está impedido de hacerlo. ¿No es esto gravamen, carga ó peso, como quiera llamarse?

El argumento de Germano al suponer iguales el caso de la propiedad íntegra ó plena que el de la propiedad fraccionada es, por tanto, inexacto, porque si bien la fracción (servidumbre) no es más que el uso de la finca, que en vez de ejercerlo el dueño lo verifica un tercero, hay la diferencia radical de que, en el primer caso el dueño es libre de conservar, alterar ó suprimir el uso, mientras que en el segundo debe respetarlo, aun contra su voluntad. Por esto es precisamente gravamen, porque tiene que sufrirse ineludiblemente: y como pesa sobre una finca determinada, es carga de naturaleza real.

Despréndese de los razonamientos alegados, que tampoco es cierta la afirmación de Germano de que el propietario del fundo sirviente no soporta obligación alguna, porque, según queda expuesto, tiene la de respetar el estado jurídico creado por la servidumbre, tiene que consentirlo y no oponer obstáculos á su ejercicio, obligaciones propiamente tales, puesto que puede ser compelido á su observancia.

Las mismas aseveraciones del eminente tratadista italiano, estudiadas detenidamente, vienen á darnos la razón. Aceptamos su afirmación de que el que tiene la propiedad, menos una servidumbre, tiene un derecho sobre la misma cosa respecto de la cual otro ejercita la servidumbre, y del mismo modo, quien tiene una servidumbre goza de un derecho sobre la cosa; pero justamente deriva de aquí la existencia de obligaciones recíprocas, y por tanto, del propietario del fundo sirviente. Si bien se observa, se verá que, según la opinión de Germano, acogida por nosotros, la servidumbre lleva consigo el ejercicio de un determinado uso de una finca, coetáneo del ejercicio de otros usos del mismo pre-

dio por el poseedor de él. Hay, pues, una simultaneidad en el ejercicio de determinados derechos que implica fatalmente una reciprocidad de obligaciones: la de respetar y tolerar cada uno el derecho del otro. El concepto de servidumbre envuelve, por tanto, implícitamente la idea de obligación, porque ésta es correlativa de la de derecho. Si la servidumbre es un derecho real sobre una cosa, como afirma Germano, forzosamente tiene que existir una obligación con igual carácter. Y así es en efecto. La obligación del dueño del llamado predio de sufrir la carga en que consiste la servidumbre, es de naturaleza real, porque el dueño la sufre, no por sí, con independencia de toda otra consideración, sino precisamente con relación mediata á la cosa, por ser dueño de ésta. Si deja de ser poseedor del fundo, cesa la obligación, la carga constitutiva de la servidumbre, efecto que no sucedería de ser obligación personal. La obligación de naturaleza real se encierra, por decirlo así, dentro de la cosa: la personal se condensa en el individuo. La real sigue al fundo: la personal á la persona.

La servidumbre es, según Germano, un derecho real, fraccionado de la propiedad, en virtud del cual puede pretenderse que la propiedad de un fundo *se limite en algún uso* en beneficio de otro (fundo) perteneciente á distinto dueño, definición que puede aceptarse para los efectos de la discusión actual. Mas nosotros deducimos de ella que al ejercer ese uso determinado al mismo tiempo que el propietario los que crea conveniente, existe entre ambos, una mutua dependencia, consistente en respetar el derecho de los demás. Ahora bien: como el propietario que tenía en un principio todo y podía ejercer su derecho con entera libertad, es quien ve disminuída esta libertad, y su derecho es el que verdaderamente sufre, no es ni antijurídico sino lógico y racional, hablar de carga, y genéricamente de servidumbre.

Si del terreno especulativo pasamos al legal, al del derecho positivo, encontramos confirmada nuestra opinion. No cabe admitir inconcusamente el lenguaje del Código, porque su tecnicismo no siempre refleja la veracidad de la idea; ésta no se amolda á su expresión, pero en el caso presente, aquél ofrece en no uso número justificativos de la doctrina defendida anteriormente. Se llama servidumbre positiva—dice el art. 533—la que one al dueño del predio sirviente *la obligación* de dejar hacer na cosa, ó de hacerla por sí mismo, y negativa la que *pro*

hibe al dueño del predio sirviente *hacer algo* que le sería lícito sin la servidumbre. La sección tercera del capítulo de las servidumbres lleva por epígrafe «Derechos y obligaciones de los predios dominante y sirviente». Dentro de ella, el art. 543 preceptúa que el dueño del predio dominante podrá hacer á su costa en el sirviente las obras necesarias para el uso de la servidumbre; luego desprendese que el poseedor del sirviente está obligado á consentir que el del dominante ejecute dichas obras, y á su vez el 545 declara que el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída.

Esto con la doctrina referente á las servidumbres en general, pues respecto de ellas en especial, hallamos artículos que consiguan directa ó indirectamente el concepto de obligación. Según el art. 552, el dueño de un predio inferior *no puede* hacer obras que impidan la servidumbre de vertiente de aguas del predio superior. La servidumbre de presa supone la obligación de permitir la ejecución de las obras necesarias para su conservación. Conforme al art. 556 del Código y 109 de la ley de Aguas, las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la *obligación* en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas. Respecto de la de acueducto, existen preceptos, si no en el Código, en la ley especial de Aguas. El art. 90 de esta ley autoriza al que obtenga la servidumbre de acueducto para ocupar temporalmente los terrenos indispensables para el depósito de materiales de las obras de construcción, conservación y limpia del acueducto: el 92 de la misma ley declara facultad inherente á la servidumbre de que se trata, el derecho de paso por las márgenes para su exclusivo uso; según el 95, el dueño del acueducto podrá fortificar sus márgenes con céspedes, estacadas, paredes ó ribazos de piedra suelta, prohibiéndose en cambio al dueño del predio sirviente hacer plantaciones ni operaciones de cultivo en las mismas márgenes, pudiendo el dueño del acueducto cortar las raíces que penetren en ellas. La servidumbre de parada ó partidor comprende la obligación general del art. 543 del Código, de poder hacer las obras necesarias para su conservación. Y en las de camino de sirga y las de navegación, flotación, pesca y salvamento, los dueños de los predios ribereños están sujetos á las obligaciones que enumeran los artículos 118 y 124 de la ley de Aguas.

Con sujeción al principio general del art. 543 del Código, á la servidumbre de paso va aneja la obligación de consentir la ejecución de las obras necesarias para la conservación de la vía. En esta misma servidumbre de paso, el art. 569 del Código no puede hablar en términos más claros. Si fuere indispensable para construir ó reparar algún edificio, pasar materiales por predio ajeno, ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio—dice—está obligado á consentirlo con la correspondiente indemnización.

La medianería de que habla el Código, mejor que servidumbre, es, en nuestro entender, una comunidad, según expresaremos en su lugar, y por este motivo cabe prescindir aquí de ella, por no ser materia apropiada á la investigación que venimos realizando.

La servidumbre de luces y vistas supone en el dueño del predio sirviente la obligación de no construir sino á la distancia legal. El propietario de un edificio—preceptúa el art. 586, concerniente á la servidumbre de desagüe—está *obligado* á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino, y aun cayendo sobre el propio suelo—añade—está *obligado* á recoger las aguas de manera que no causen perjuicio al predio contiguo. Por último, las denominadas servidumbres de distancias y obras intermedias, constituyen otras obligaciones y limitaciones respecto de los dueños de los predios sirvientes, cuyo enumeración omitimos por no alargar nuestra investigación.

Y no es sólo el Código español el que suministra tales elementos de prueba: el italiano los proporciona también, siendo por esto más de extrañar el criterio de Germano.

La sección tercera del capítulo referente á servidumbres, «forma de ejercerse las servidumbres», contiene en sus artículos 639, 640 y 641 preceptos equivalentes á los de los artículos 542, 543 y 545 del nuestro, y en la parte que corresponde á cada servidumbre, pueden leerse disposiciones semejantes á las ertadas de la ley civil española. Es, pues, inconcuso que el opietario del predio sirviente tiene obligaciones impuestas por ley.

Aún tenemos un auxiliar importantísimo de nuestra opinión:

El mismo Germano, olvidando sin duda lo afimado en el punto que estudiamos, confirma cuanto hemos expuesto nosotros.

Al tratar en el volumen segundo de su obra del ejercicio de las servidumbres, en la parte concerniente á derechos y deberes de los propietarios del fundo dominante y del sirviente, dice que «á los derechos de aquél corresponden los deberes de éste, y viceversa, de donde, hablando de derechos y deberes del uno, se trata implícitamente de los deberes y derechos del otro», y en otro lugar, con relación á la misma materia, expresa que, «establecida una servidumbre en su forma, puede ejercitarse, y como el ejercicio consiste en un uso determinado del fundo ajeno, de ahí nace una cierta comunidad de uso entre el propietario del fundo dominante y el del sirviente, porque el primero utiliza para el uso de su derecho, y el segundo debe igualmente utilizarle para los restantes usos que puede proporcionar el fundo. Determinar, por tanto, las varias relaciones de derecho que pueden nacer de esta comunidad, el fijar el límite de los derechos de uno y de otro, y consiguientemente sus *obligaciones recíprocas*, constituye la materia relativa al ejercicio de la servidumbre». Y desenvolviendo este punto, expone que «la concesión de una servidumbre determina en el propietario del fundo dominante el derecho de usar de él, y por consecuencia *la obligación* del propietario del fundo sirviente de no impedir este uso», y que «el propietario del fundo sirviente no puede variar el estado del fundo ni alterar el lugar donde preventivamente se comenzó á ejercer la servidumbre».

Creemos refutada plenamente la doctrina de Germano. Éste sostiene que la servidumbre no es carga ó gravamen, porque el propietario del fundo sirviente—dice—no tiene obligación alguna: es así que recaen varias sobre él, luego la afirmación queda destruída. Además, y esto es importante, las obligaciones del poseedor del fundo sirviente son correlativas al derecho á un uso determinado de dicho fundo existente á favor de una persona, derecho que implica la limitación de el de propiedad en aquella fracción ó parte en que consiste la servidumbre. El poseedor del fundo sobre que existe la servidumbre tiene disminuída su propiedad en el uso ó usos en que consiste aquélla; pues bien: esta limitación de la propiedad en uno ó en varios usos, como dice Germano, es precisamente el gravamen, porque el dueño del fundo

ve disminuída su propiedad en las fracciones que aquéllos suponen, y tiene que sufrirla.

La servidumbre es un gravamen sobre un inmueble, porque, según queda consignado, la propiedad de un predio queda limitada en un uso, como dice Germano, hablando negativamente, ó porque el dueño del predio dominante adquiere un uso sobre otro que el poseedor de éste se ve obligado á respetar, á sufrir.

***

Exclarecido el anterior particular, surge desde luego la cuestión concerniente á si todo bien inmueble es susceptible de servidumbre.

El problema, en rigor de solución sencilla, tráelo aparejado la redacción del artículo que comentamos al definir la servidumbre. Emplea éste la palabra inmueble, y no las usadas por otros Códigos (predio, Italia y Portugal; heredad, Francia, Guatemala y Méjico), y como el art. 334, comprende en el concepto de inmuebles á bienes de muy diversa naturaleza; de aquí la conveniencia de estudiar este punto.

No ofrecen duda los bienes comprendidos en el núm. 1.° del citado art. 334. Son los inmuebles por excelencia, por constituir el suelo ó lo adherido á él, y sin el que no se concibe su existencia. Son el *fundus*, el *predium* romanos.

A ellos se refiere indudablemente nuestro Código, al consignar la palabra inmueble en el art. 530, puesto que no vuelve á emplearla en la materia de servidumbre, y sí las de finca, heredad ó predio.

Los bienes comprendidos en los números 2.° al 6.° del mismo artículo 334 inclusive, tienen una nota común; se reputan (no son, como dice el Código) inmuebles, por el principio de adherencia á un inmueble propiamente tal. Sin la existencia de éste y su unión á él, no cabría estimarlos inmuebles, y como esto acontece con todos, porque todos suponen un inmueble del que se nutren ó al que están agregados, manifestamos ya en el comentario del artículo 334, que debieran haberse refundido los cinco números de ..., mencionados (2.°, 3.°, 4.°, 5.° y 6.°) en uno solo.

Si estos bienes son inmuebles sólo por su adherencia ó su conexión en un inmueble, siendo necesario un bien de esta clase ... la existencia de la servidumbre, claro es que no sirven por sí

para ser objeto de una servidumbre, para que se imponga sobre ellos un derecho real. La servidumbre se establecerá sobre el todo, es decir, sobre el inmueble del que son parte; ellos no son más que un accesorio del inmueble, un elemento de éste. Separados del inmueble á que pertenecen, son muebles, y por tanto, no susceptibles del derecho de servidumbre.

Una excepción parece existir respecto de los árboles, en la disposición del art. 592, referente al derecho del dueño de un fundo de exigir el corte de las ramas y raíces de un árbol que se extiendan sobre su propiedad ó se introduzcan en ella. Cierto que aquí el que sufre es el árbol, pero éste existe á expensas del suelo, porque de él se nutre.

Dado el concepto de las minas consignado por el Código español, de que hablamos en el art. 334, cabe afirmar que sobre ellas puede imponerse servidumbre propia de su naturaleza. Son elemento integrante de la tierra, no frutos ó producciones espontáneas de ella. Dos preceptos legales nos eximen de insistir sobre este punto: *a)* el art. 24 del Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, preceptivo de que «todo minero deberá facilitar la ventilación de las minas colindantes, y estará sujeto á la servidumbre del paso de aguas de dichas minas hacia el desagüe general», disposición contenida ya en el 55 de la ley de 6 de Julio de 1859, y *b)* el 44 de esta misma, declarativo de que «toda pertenencia minera está obligada á permitir el paso á una galería general».

Las aguas vivas ó estancadas tienen también la condición legal de inmuebles, sin duda por las razones que expusimos en su lugar respectivo. Son, sin embargo, inmuebles por consideración al predio en que se encuentren depositadas (aguas estancadas) ó por el que corren (aguas vivas), y por tanto, la servidumbre recaerá en realidad sobre aquél, en los casos en que el objeto de ella sea el agua como en la servidumbre de saca de agua y de abrevadero.

No es fácil determinar *a priori* si todas las construcciones que menciona el núm. 9.º del art. 334 admitirán ó no la imposición de servidumbres, dada la variedad de ellas, pero de alguna sí cal hablar con seguridad. Por ejemplo, un establecimiento de bañ en una playa puede estar sujeto á la servidumbre de no levant más alto, á la de distancia y otras intermedias, etc.; un barc pontón á la de dar paso.

Las concesiones administrativas, si bien tienen el carácter de bienes inmuebles, no admiten la constitución de servidumbres, porque no son corporales, y la servidumbre requiere indefectiblemente una cosa material. Podrán imponerse especificamente sobre las cosas comprendidas en la concesión, pero no sobre esta misma, concepto genérico é indeterminado, y la servidumbre requiere un inmueble determinado.

Del Derecho romano es el principio «*servitus servitutis esse non potest*». (*Dig., lib. XXXIII, tít. II, ley 1.ª*) Germano dice que esto es debido á que la servidumbre consiste en un uso de un fundo, y este uso es indivisible y no puede destacarse de él otro uso para otra servidumbre. Pardessus sostiene que la imposibilidad de no poder constituir una servidumbre sobre otra servidumbre es resultado de la inmobilidad de la servidumbre, porque ésta no es fundo, sino derecho inmobiliario, y aquélla debe constituirse expresamente sobre un predio.

Combate Germano esta opinión, y expresa que si es verdad que la servidumbre no es un fundo, sino un derecho inmobiliario, también lo son el usufructo y la enfiteusis, y sin embargo, se permite tanto al usufructuario como al enfiteuta constituir servidumbres limitadamente al tiempo de duración de su derecho. La razón de esto —dice Germano— es que el usufructo y la enfiteusis comprenden todos los usos del fundo, y bien puede destacarse uno de estos usos á favor de otro fundo; y añade que también el derecho de propiedad de un predio es derecho inmobiliario, á pesar de lo cual no le está prohibido al propietario imponer servidumbres.

No negamos la exactitud de la opinión de Germano; pero es incompleta. Es indudable que quien goza de un solo uso de la cosa no le es posible conceder otro uso de ella, de la misma manera que quien tiene la cantidad de uno no puede dar cantidad mayor á persona alguna. Pero ¿por qué esto? Por la inmobilidad de la servidumbre, según dice Pardessus, ó sea por deberse constituir sobre la substancia de un fundo, como decimos nosotros. —nvolveremos nuestro criterio

stingue con acuerdo Germano en el elemento objetivo de la edad, la substancia, el uso y el fruto. La substancia es la misma, lo que se denomina nuda propiedad; el uso es el goce substancia, y el fruto, el goce de los productos orgánicos.

Sentado esto, cabe formular el siguiente silogismo: el uso recae sobre la substancia de la cosa; la servidumbre es uso; luego debe recaer también sobre la substancia. Así es, en efecto; el uso no puede prestarle sino la substancia de la cosa, ó sea ésta en sí; no hay uso de un uso. Éste supone una cosa material sobre que ejercerse porque es lo que puede proporcionar un uso.

Los casos del propietario, del usufructuario y del enfiteuta, presentados por Germano, son en absoluto inexactos. Confunde totalmente la cuestión, porque presenta el elemento subjetivo ó personal de ella en vez del objetivo ó real, es decir, porque trata de quién puede constituir servidumbres, no de sobre qué puede imponerse. Lo que resulta del razonamiento de Germano es que el propietario, el usufructuario y el enfiteuta tienen capacidad para constituir servidumbres, verdad que no se discute. Lo que precisaría demostrar es que en los varios casos expuestos, la servidumbre recae sobre cada uno de los derechos mencionados, en el del propietario sobre la propiedad, en el usufructuario sobre el usufructo, en el del enfiteuta sobre la enfiteusis, y nada de esto sucede: en todos ellos, sin excepción, la servidumbre recae sobre la substancia de la cosa. Lo que hacen el propietario, el usufructuario y el enfiteuta es conceder un uso de la substancia de la cosa, ó sea la servidumbre; prueba de que ésta no puede existir sino sobre aquélla. Claro es que el propietario, el usufructuario y el enfiteuta pueden disgregar uno de los varios usos de que gozan, pero les es dable hacerlo porque disfrutan perpetua ó temporalmente de la substancia de la cosa, y por tanto, sobre ella y no sobre un derecho pueden imponer servidumbre. En una palabra, la servidumbre exige una cosa propiamente dicha, esto es, una cosa corporal, y en su consecuencia, siendo ella incorporal, como derecho, no es susceptible de ser á su vez objeto de otra servidumbre. Y como donde hay igual razón debe regir igual principio, es aplicable tal afirmación á todos los derechos.

Sintetizando lo expuesto acerca de la condicionalidad de los bienes inmuebles para ser objeto del derecho de servidumbre en concepto de predio sirviente, estableceremos la siguiente afirmación:

a) La servidumbre es un uso ó la prohibición de un uso de la cosa. *b)* El uso puede sólo recaer sobre la substancia de la cosa.

c) Las cosas incorporales no son susceptibles de constituir objeto pasivo de la servidumbre. *d)* Sólo pueden ser objeto de él las cosas corporales inmuebles. *e)* De éstas, en rigor, solamente las que tienen tal concepto por naturaleza (fundo, predio), porque las demás lo adquieren únicamente en consideración á ellas.

***

Después de estudiar qué bienes de los llamados inmuebles pueden por su naturaleza ser gravados con servidumbre, corresponde examinar los que pueden serlo por la persona á quien pertenecen. Con referencia á este particular, los bienes se clasifican (art. 338) en de dominio público ó de dominio privado. Son de dominio público (art. 339) los destinados al uso público (caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado, riberas, playas, radas y otros análogos), y los que, perteneciendo privativamente al Estado, están destinados á algún servicio público ó al fomento de la riqueza nacional (murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y los minas, en tanto no se otorgue su concesión). Son de propiedad privada (art. 340) los demás bienes pertenecientes al Estado que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 339 y los de dominio público cuando dejan de estar destinados al uso general ó á las necesidades de la defensa del territorio (art. 341). Según el art. 344, los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y patrimoniales, siendo los primeros los caminos provinciales y los vecinales, plazas, calles, fuentes y aguas públicas y obras públicas del servicio general, costeadas por los mismos pueblos ó provincias, y los segundos todos los demás que tienen la condición de privados (art. 344). Constituyen, pues, los bienes dos categorías ó agrupaciones, á saber: bienes públicos, ó sean los bienes de uso ó servicio público nacional, provincial y municipal, respectivamente, y bienes de dominio privado (art. 345), ó sean los patrimoniales del Estado (los de dominio público vecinal que no sean ó dejen de ser de uso ó servicio público), de la provincia y del Municipio (los bienes de la misma que no sean de uso público) y los pertenecientes á particulares, individual ó colectivamente (art. 345).

Es indiscutible que sobre los bienes de propiedad individual

puédese imponer servidumbres; á ellos se refiere el art. 530 del Código al expresar que los predios pertenezcan á distinto dueño, y esto mismo se desprende de las disposiciones del Código civil referentes á tal materia. En todas habla con relación al propietario singular ó particular. Aparte de esto, para ser objeto de contrato una cosa, es necesario, á tenor del art. 1.271, que esté en el comercio de los hombres, requisito inherente á los bienes de propiedad privada. Equiparados á éstos los que se hallan en el patrimonio del Estado, de la Provincia ó del Municipio, comprendidos ambos en igual concepto, es evidente que cabe constituir servidumbre sobre unos y otros. Aquí existe la unidad de criterio: la disparidad se ofrece con relación á los bienes de dominio público. Laurent sostiene la afirmativa, Pacifici Mazzoni la negativa y Germano una opinión ecléctica, pues, sentando como principio la no posibilidad, admite excepciones. Apoya el primero su opinión en que, siendo la servidumbre un servicio que un fundo presta á otro fundo, existe aquélla siempre que esto ocurre. Así, dice que es servidumbre el derecho de vistas sobre la calle ó plaza, el abrir puertas á una y á otra y la vertiente de tejados.

La opinión de Pacifici Mazzoni se funda en el destino de los bienes públicos, ó sea en el uso también público de los mismos. Con referencia al caso más ostensible, al de la calle ó plaza destinadas á recibir el agua de los tejados y á que se abran sobre ellas puertas y ventanas, afirma que no son servidumbres. En tanto—dice—que el propietario de un fundo sirviente no puede hacer nada que convierta en menos ventajoso ó cómodo el ejercicio de la verdadera servidumbre predial, el Estado, la Provincia y el Municipio pueden á veces, por causas de necesidad ó utilidad pública, suprimir ó alterar las vistas, la vertiente de los tejados ó la entrada. Aun mejor—añade—pueden modificar el estado de los bienes y privar á los edificios de las ventajas de que hasta entonces gozaban. Así, el Municipio podrá construir en una plaza un teatro ú otro edificio y quitar á los edificios particulares las vistas y demás beneficios que proporcionaba la plaza, y puede cerrar cualquier calle al uso público, privando consiguientemente á los habitantes de las casas existentes en ella del beneficio de la pública y gratuita limpieza y vigilancia y de ver el paso de las personas.

Germano comienza por afirmar que, para la constitución d

una servidumbre, es necesario que el fundo sirviente esté en el comercio, sea enajenable, porque la servidumbre consiste en una fracción de la propiedad, y los fundos que tienen un destino público son inenajenables en absoluto. No pudiendo enajenarse el todo, la propiedad, no puede tampoco enajenarse la servidumbre, que es una parte. Acepta también los razonamientos de Pacifici-Mazzoni, y sienta este principio: basta que se trate de bienes de uso público para que no pueda constituirse la servidumbre. Pero á continuación añade que cabe formular dos excepciones: la primera consistente en que la servidumbre puede constituirse á favor de bienes destinados al uso público, y la segunda en que existen denegaciones de la no enajenabilidad de los bienes: Excepciones expresas aquéllas que la ley general ó especial directa ó indirectamente autoriza, y tácitas las que, ó deben tener lugar por la naturaleza misma de la cosa, ó son conforme al destino público del inmueble Para demostrar su afirmación presenta los siguientes ejemplos:

Es autorizada la servidumbre de vertiente de tejados, porque el art. 591 (del Código italiano, 586 del español) dice expresamente que cada propietario debe construir sus tejados de manera que las aguas viertan sobre su propio suelo ó sobre la vía pública. Es también indirectamente autorizada la servidumbre de vista sobre la vía pública, porque los artículos 587 y 588 (582, 583 y 584 del nuestro) hacen posible estas vistas. Autoriza la misma naturaleza de la cosa la servidumbre del curso ó corriente de las aguas, porque es ley natural que el agua no puede volver á su nacimiento. Y, finalmente, es autorizada por su propio destino público la servidumbre de tener la puerta de entrada á las habitaciones, sobre la vía pública, porque ésta se halla destinada al paso, á la vista y á la entrada en los edificios.

Si bien se observa, los autores que acabamos de citar reducen la controversia á la particularidad de determinar si el uso de los bienes públicos es ó no constitutivo de servidumbre. Y decimos que la reducen, porque si bien plantean el tema de si sobre tales bienes se puede ó no imponer servidumbres, no examinan más

lo expuesto, ó sea si el uso de determinados bienes públicos les y plazas) constituye ó no servidumbre, abandonando el ladero punto controvertible. Nosotros examinaremos ambas ciones.

En la primera abandonamos á Laurent y Germano, y nos decidimos resueltamente por la opinión de Pacifici-Mazzoni. El servicio que las calles y plazas prestan á los edificios no es servidumbre, es uso público, y no puede ser otra cosa. En las servidumbres, el fundo sirviente admite variedad de usos; así, puede dedicarse á una explotación agrícola ó industrial, y dentro de éstas á otra sub-variedad, casi indeterminada; en cambio, las plazas y calles tienen fines determinados: pasar por ellos y dar luz y entrada á los edificios. El uso en que consiste la servidumbre es accidental con relación al fundo sirviente, porque no constituye nunca el uso capital del mismo, sino algo ajeno y extraño á éste: Y también respecto del dominante, porque el uso supone sólo una idea de utilidad, no de necesidad, puesto que sin la servidumbre puede subsistir el predio. El uso de las calles y plazas (supuesto fundo sirviente) es principal tocante á éstas, porque se encuentran establecidas precisamente para dicho uso, y esencial en cuanto á los edificios (supuesto fundo dominante) porque no se concibe la existencia de ellos sin calles ó plazas por donde entrar en sus habitaciones y de donde reciban la luz y el aire. En un predio rústico, por ejemplo, el paso para otra finca, el acueducto que le atraviesa, el estribo de presa que en él descansa; ó en uno urbano la vertiente de aguas pluviales sobre ól, es un uso accidental del predio, porque el natural del primero es un uso agrícola y el del segundo edificar en él, ó ya edificado, dedicarle á vivir; en tanto que el uso natural de las plazas, calles y sitios públicos análogos, con relación á los edificios es, según queda repetidamente expuesto, el que se efectúa por las puertas y ventanas para proporcionar respectivamente á los edificios entrada, luz y aire. El uso, en sentido estricto, de los predios rústicos y urbanos, en cuyo uso consiste la servidumbre, no es inherente á aquéllos, pueden tener varios simultánea ó sucesivamente; el uso de las calles y plazas sí, porque siempre es el mismo.

Hay además otra diferencia esencial. La servidumbre requiere que el fundo sirviente sea determinado, esto es, que constituya un fundo, una propiedad delimitada: no sucede esto en las calles y plazas. Es verdad que existe la calle *A*, la plaza *B;* pero sólo para los efectos del uso público, ó sea para saber dónde habitan los vecinos de la población; pero cada calle ó plaza no constituye un fundo, sino que todas forman un extenso fundo, el territorio

municipal. Ahora bien: como para admitir la existencia de la servidumbre hay que considerar como fundo á una determinada calle ó plaza, no siendo así, derrúmbase toda la argumentación de los defensores de la doctrina afirmativa de tal existencia. Es requisito esencial para la servidumbre real dos fundos; no existiendo propiamente uno de ellos, no hay para qué hablar de aquélla.

Presenta Germano la siguiente objeción, hecha á su teoría: Quien se sirve de una cosa destinada al uso público, ejercita un derecho propio, porque la calle es de él, y sobre la cosa propia no puede tenerse servidumbre. Dice que tal objeción no merece examen, porque cabe establecer una servidumbre entre el fundo propiedad de un solo individuo y un fundo común de éste y otro. Nosotros disentimos totalmente de la opinión de Germano.

Sin discutir aquí, porque no es lugar oportuno, el caso formulado por éste, diremos que se refiere á la propiedad privada ó individual, es decir, al caso en que varios particulares sean dueños de un predio, supuesto muy distinto del de la propiedad pública ó colectiva En aquél podrá ó no existir discusión; en éste no cabe, porque siendo los bienes de uso público (calles y plazas, etc.) propiedad de todos los que habitan el término municipal, todos usan de ellos por derecho de propiedad, como condueños de los mismos. Por esto, el uso no es individual y exclusivo, como sucedería en el caso expuesto por Germano, en que el dueño del fundo dominante podría excluir á sus copropietarios del sirviente, del uso en que consistiere la servidumbre, sino colectivo y recíproco, pues todos pueden usar coetáneamente de las calles y plazas. Los bienes son de la colectividad y pueden todos usarlos con arreglo á las prescripciones legales dictadas para su mejor goce, reciprocidad antagónica del exclusivismo de la servidumbre.

Descúbrese aquí una aparente objeción que no hemos visto consignada en texto alguno, pero que nosotros presentamos en prueba de imparcialidad crítica. Aceptando que el uso de las calles ó plazas de una población sea derivado del derecho de propiedad, esto—se dirá—es aplicable á los nacionales, más no á los extranjeros, que no son condueños de dichos bienes, los cuales, sin embargo, gozan de éstos igualmente que aquéllos. El extranjero que construye un edificio en una población tiene derecho á abrir en él puertas y ventanas, á pesar de no ser condueño de los bienes públicos, nacionales ó municipales.

La objeción es más aparente que real, y lejos de destruir nuestra opinión, la confirma. En primer término, no afecta nada al razonamiento de la copropiedad, ó sea de que el derecho de usar los nacionales de los bienes públicos es derivación lógica, consecuencia necesaria de ser condueños de dichos bienes. Siempre resultará que los individuos de una Nación usan de los bienes públicos de ella por razón de ser los propietarios, porque si tienen esta calidad, han de gozar de aquel derecho (uso). La cuestión queda reducida á determinar por qué los extranjeros usan también de tales bienes. En el terreno legal, la contestación la dan el art. 19 del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, declarativo de que los extranjeros domiciliados tendrán derecho á disfrutar de los aprovechamientos comunes del pueblo donde tengan su domicilio, y el art. 27 del Código, afirmativo de la igualdad de los derechos civiles entre españoles y extranjeros. Esta es la razón legal, pero ¿cuál es la filosófica? La de que se trata de cosas comunes, de cosas socializadas, que pertenecen á todos, ó al menos de cosas cuyo uso es público, social. Las ventanas ó balcones se abren para que entre la luz y el aire, cosas de las llamadas comunes ó de las que «comunalmente pertenecen á todas las criaturas que viven en este mundo», como decía la ley de Partidas (3.ª, tít. XXVIII, Part. 3.ª), porque son elementos necesarios para la vida de los hombres. ¿Es dable hablar, pues, de servidumbre pública de vistas ó luces? Lo mismo acontece con las puertas de entrada. Sin ellas sería imposible vivir en los edificios, y éstos se convertirían en construcciones inútiles. Por tanto, no son (de la misma manera que los huecos en las moradas), sino medios indispensables para la vida de los individuos. Además, ¿qué servidumbre sería esta de la puerta de entrada? ¿Qué artículo del Código la menciona? Decimos lo mismo de la vertiente de tejados. Si las aguas pluviales no tuviesen salida, inundarían los edificios y los destruirían, haciendo igualmente imposible habitarlos; luego es menester que viertan á algún sitio, y como todos los habitantes experimentan igual necesidad, de aquí la existencia de un lugar público, común á todos, ó sea la calle. ¿Dónde está, pues, la servidumbre? ¿Es que se concibe una población sin calles Por esto se dicen las calles, plazas, etc., cosas de uso público, por que pueden y necesitan usarlas todos los hombres, sin distinción jurídica de nacionales y extranjeros.

Entendemos, pues, que es un verdadero absurdo jurídico afirmar que hay servidumbre en el uso de las calles, plazas, etc. Cuando se demuestre que es posible la vida sin estos sitios públicos, podrá demostrarse que el uso de ellos es servidumbre, porque ésta supone, repetimos, un concepto de utilidad, pero no de necesidad absoluta.

En la verdadera servidumbre el fundo dominante puede existir sin el uso que le presta el sirviente, porque dicho uso no constituye requisito esencial para el disfrute de aquél; por el contrario, las casas no se conciben sin calles ó sitios públicos equivalentes, sin huecos por donde penetren la luz y el aire, y sin desagüe.

Los bienes públicos de que nos venimos ocupando están destinados al uso social; gozar, pues, de este uso no cabe reputarlo servidumbre: existe ésta cuando un fundo presta un servicio distinto del uso propio del mismo.

El uso natural de un fundo rústico es que su poseedor lo cultive ó explote para sí, no el que sirva para el poseedor de otra finca, pasando por él, estableciendo un estribo de presa, un acueducto, etc.; el uso propio de un fundo urbano es que su poseedor lo habite ó perciba los productos de su alquiler, no que sea usado en algún modo por otro. Aquí sí hay servidumbre, porque un fundo sirve á otro, siendo así que el destino del fundo gravado no es servir al poseedor de otro fundo, sino al suyo propio: No la hay cuando el poseedor del predio se sirve de las cosas cuyo destino es precisamente prestar tal servicio.

La servidumbre en una de sus modalidades, consiste en *un uso* de la cosa ajena (fundo sirviente) en virtud de ser poseedor de otra (fundo dominante); el uso de los bienes públicos comprende en sí *varios usos* (abrir huecos en los edificios para entrar en ellos ó para recibir luz y aire, verter las aguas pluviales que sobre ellos pasan) y deriva el derecho de uso de ser habitante de un término municipal (nacionales y extranjeros) y consiguientemente copropietarios (los nacionales) del fundo sirviente (calles y plazas), pero sin relación á la idea de otra propiedad (ó sea fundo domi-

te). Para gozar del uso de los bienes públicos basta el mero ho de vivir en su término municipal; séase ó no propietario un edificio. El que es poseedor de un fundo (propietario, usu-ario, etc.), cuando tiene un uso de otro fundo, ó sea una

servidumbre, es precisamente por ser poseedor de una cosa; el poseedor de un edificio goza de todos los usos comprendidos en el uso de los bienes públicos, no por ser tal poseedor, sino por vecino, y aun más amplio por ser hombre, pues, según hemos visto, se trata, en puridad, del uso de cosas comunes.

Aparte de estas razones, de índole filosófica y general, encuéntranse otras legales, suministradas por los preceptos particulares en materia de servidumbres.

Es cierto que el Código no contiene disposición igual á la de la ley 13, tít. XXXI, Partida 3ª, confirmada por sentencia de 6 de Febrero de 1864, declarativa de que no pueden ser puestas servidumbres en aquellas cosas «*que son á vso comunal de alguna cibdad ó villa, assi como los mercados, é las plaças, é los exidos: é las otras cosas semejantes dellos*»; pero del estudio de los artículos referentes á servidumbres se deduce igual doctrina.

Los artículos 534 y 535 afirman respectivamente el principio de la inseparabilidad y el de la indivisibilidad de las servidumbres. ¿Son aplicables á las supuestas servidumbres sobre las calles y plazas? En modo alguno. Hemos dicho que tales derechos arrancan de la calidad de habitante de un término municipal, y aun de la de hombre, mejor que de la de poseedor de un edificio; así que la inseparabilidad será pertinente á la persona, pero no á la cosa. El español que vaya á Francia ó el francés que venga á España, por ejemplo, pueden pasearse por las calles y construir un edificio con puertas y balcones, porque en todas partes se necesita luz y aire para vivir, y á esta necesidad responde solamente, afirmamos una vez más, el uso de los bienes públicos urbanos. Además, la inseparabilidad se refiere implícitamente á la enajenación, pues con ella quiere expresarse que no se puede enajenar con separación del fundo sirviente, y salta á la vista que no cabe aplicar esta doctrina á los bienes de uso público, que no son enajenables. Si las calles y plazas no se pueden enajenar continuando como tales bienes, claro que no es dable hablar con relación á ellas de inseparabilidad de las servidumbres, puesto que dicho concepto envuelve la posibilidad de la enajenación.

La misma razón, pero con mayor fuerza, aparece en el atributo de la indivisibilidad.

Ésta supone la posible división del predio dominante ó del sirviente, y para tal caso se establece. Ahora bien: no pudiendo

dividirse una calle ó plaza entre dos ó más personas, sin perder el carácter de bienes de uso público, no cabe tampoco hablar de indivisibilidad con referencia á dicha clase de bienes.

Igual falta de pertinencia se observa en las disposiciones referentes á la vida de las servidumbres. Demos por nacidas las servidumbres que suponen Laurent y Germano, reconociéndolas como origen suyo la ley: ¿regirán respecto de ellas los artículos 543 á 545, declarativos de los derechos y obligaciones de los propietarios de los fundos dominante y sirviente? Contestamos también negativamente. El dueño del supuesto fundo dominante, ó sea del edificio, no puede hacer cosa alguna en la calle ó plaza para la conservación del derecho de vistas, de entrada y de vertiente de tejados, como establece el art. 543 para el caso de la verdadera servidumbre. Tampoco es aplicable el art. 544, porque es derivación de su precedente, y no siéndolo éste, no lo es aquél, y menos el 545, afirmativo de que el dueño del predio sirviente no puede alterar la servidumbre constituida, puesto que es lícito al Estado nacional, provincial ó municipal, por causa de utilidad ó necesidad pública alterar y aun extinguir los derechos derivados del uso de los bienes públicos que se suponen constitutivos de servidumbre, como sucede en los casos de reforma de población.

Por último, son impertinentes asimismo los preceptos que conciernen á los modos de extinguirse las servidumbres.

No es posible jurídicamente la reunión en la persona del dueño del supuesto predio dominante (edificio) de la propiedad de éste y del supuesto sirviente (calle ó plaza), porque como el fundo sirviente no se puede enajenar, nunca puede adquirir la propiedad el primero. El Estado sí podrá adquirir la propiedad del edificio; pero á pesar de ello continúa igual uso de la calle ó plaza, y por la misma razón, ó sea por la necesidad de las puertas y balcones ó ventanas para la vida de las personas, fundamento del uso de bienes públicos.

Que el no uso de veinte años como modo de extinguirse la servidumbre, no es aplicable á las mal llamadas servidumbres públicas sobre calles, plazas, paseos, etc., es harto evidente. El poedor de un edificio puede abrir siempre huecos en él, y consientemente, aunque deje de usar de ellos durante veinte ó más os. La luz y el aire son en todo momento indispensables para individuos, y éstos necesitan también entrar en los edificios;

luego siendo la necesidad permanente, el derecho para satisfacerla ha de serlo asimismo. En una palabra, es un uso, como público, imprescriptible.

El venir los predios á estado que no permita el uso de la servidumbre es otro modo de extinguirse este derecho real, conforme al núm. 3.° del art. 546. Tampoco tiene aplicación dicho precepto á las supuestas servidumbres á que nos estamos refiriendo, por la misma razón acabada de exponer en cuanto al núm. 2.° del citado artículo (no uso). Siendo el uso en que se hace consistir la servidumbre, permanente por necesidad, está vivo siempre, digámoslo así, cualquiera que sea el estado de los supuestos predios dominante y sirviente. La calle ó plaza será en todo tiempo un espacio indispensable para dar luz, aire y proporcionar entrada á los edificios, necesidad que satisface cualquiera que sea su estado. Corrobora nuestra opinión el precepto adicional, por decirlo así, del núm. 3.° del art. 546, declarativo de que revivirá la servidumbre si el estado de los predios lo permite, «á no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior». El caso del art. 546, objeto de nuestro examen (estado posterior de los predios que impida el ejercicio de la servidumbre), supone la posibilidad de que la servidumbre *premuera* (se nos permitirá esta frase) por el no uso antes de que pueda revivir. Demostrado anteriormente que el uso de una calle ó plaza no puede extinguirse legalmente por ser imprescriptible por su propia naturaleza, desprendese que el núm. 3.° del art. 546 carece de vigencia en punto á esta especie de servidumbres públicas, en el sentir de Laurent y Germano.

Por llegar el día ó realizarse la condición dice que terminarán las servidumbres temporales ó condicionales, el núm. 4.° del repetido art. 546. Este precepto no tendría aplicación aun en la hipótesis de que fuera servidumbre el uso de calles, plazas, etc., para el objeto de las vistas, luces y entrada á los edificios; y su inaplicación sería notoria porque el uso de las plazas y de las calles no se subordina á tiempo ni condición; es absoluto y perpetuo, y jamás se extingue porque es constantemente necesario

Siendo el uso de las calles ó plazas un uso público, dedúcese que es irrenunciable, y aun el razonamiento puede llevarse más lejos, porque renunciar á él es renunciar á la vida, ya que, según

queda repetidamente demostrado, es en absoluto indispensable para ella.

Por último, tampoco es redimible (núm. 6.º del mencionado artículo 546) el uso de los bienes públicos por la concluyente razón de que lo rechaza su naturaleza. La redención de un derecho no es en su esencia más que renuncia mediante precio, y ya hemos probado que es irrenunciable.

Consideramos más que suficientemente discutido este punto, y sólo diremos para terminar, que la cuestión es hija, en nuestro entender, del tradicionalismo jurídico y resultado de una falsa argumentación. El concepto tradicional de la servidumbre se sintetiza en el servicio que un fundo presta á otro fundo; es así que las calles y demás sitios públicos prestan un servicio á los edificios, luego éste—se dice por los defensores de tal opinión—es una servidumbre, sin detenerse á investigar la naturaleza y el por qué del servicio. El que el predio sirviente presta al dominante es un uso de aquél por el poseedor de éste; es así que el poseedor de un edificio usa de determinados bienes públicos, *ergo*—dicen los que piensan como Germano—este uso es servidumbre porque ésta consiste en el uso.

No: hay que romper con el tradicionalismo jurídico, como se ha roto con el político. Ningún Código ha determinado separadamente, ni ha diferenciado los derechos de que pueden ser objeto los elementos de la propiedad: substancia, uso y fruto, en especial el de uso. Todos llaman derecho de uso á lo que es sólo un usufructo parcial, un aspecto del derecho de fruición *(jus fruendi)*, como dice acertadamente el Código de Portugal, y ninguno lo estudia aislada é individualmente. Si así fuera, no existiría esta cuestión ni la de si hay ó no servidumbres personales, porque, dentro del concepto genérico de uso (derecho de gozar de la substancia de la cosa), cabría comprender sus diferentes especies, según la naturaleza de los bienes objeto de uso (uso público si los bienes eran públicos, y privado si eran de propiedad particular), y se distinguiría perfectamente el uso á favor de las personas sin consideración á bien alguno (las llamadas servidumbres personales), y el uso con relación directa á un bien determinado (servidumbres denominadas reales).

*
* *

Descartada la cuestión accidental de determinar si es ó no servidumbre el uso público de calles, plazas, etc., entremos en la principal de que nos hemos alejado, ó sea si pueden ó no establecerse servidumbres sobre bienes de uso público.

Si no es servidumbre el uso público (social) de los bienes públicos, es decir, el uso que aprovecha á todos, será servidumbre *á contrario sensu* el uso *privado* é individual de dichos bienes, ó sea el uso á favor de determinada entidad. Así: se usa públicamente de la calle, plaza, etc., cuando se abren huecos en los edificios para entrar en los mismos ó recibir luz y aire; se usa también públicamente de los caminos, en su acepción genérica, cuando se transcurre por ellos, pero no en el caso de que atraviese á la calle, plaza, paseo ó camino, un canal, acueducto, etc., ó sobre ellos exista un poste, columna ó cosa semejante para el servicio de un particular, ó de bienes de propiedad privada ó aun pública.

Este uso no es público porque no aprovecha más que á la entidad en cuyo favor se constituye, aunque ésta sea una Corporación pública. Por ejemplo: un acueducto atraviesa una calle ó un camino del Estado, de una provincia ó de un Municipio, para el abastecimiento de aguas de una población. Aunque aprovechen las aguas los vecinos de la población y éste sea uso público, el uso consistente en el hecho de apoyar el acueducto ú otra obra semejante en el terreno de uso público de otra localidad, es un uso privado á favor de aquél para el que sirve el acueducto.

Existe, pues, la servidumbre, porque un fundo (bien público nacional, provincial ó municipal) sirve á otro fundo (territorio municipal cuyos habitantes aprovechan las aguas); ó en otros términos, los habitantes de este fundo tienen un uso particular y determinado de otro fundo. Aquí sí hay predios, porque cada término municipal constituye uno delimitado, no así las calles ó plazas, que no son más que partes de un todo: del propiamente fundo. La prueba de esto es, que ese mismo acueducto no constituirá servidumbre en los bienes de uso público del término municipal que haya de aprovechar las aguas, porque en él el uso es por derecho de propiedad, no por el de servidumbre.

Si el Municipio *A*, con el fin de abastecer de aguas á sus habitantes, construye un acueducto para traerlas de manantiales del Municipio *B*, pasando el acueducto por terrenos de uso público

(calles, caminos, etc.) del término municipal de *C* y *D*, el acueducto constituirá servidumbre en cuanto á éstos, pero no en cuanto al de *A*, que es el que se aprovecha de las aguas, porque se sirve de su terreno, se sirve de cosa propia. Esto siempre que el uso sea público, es decir, que las aguas sean para la población, no para un particular, porque éste ya se serviría de cosa ajena, como en el caso de concesión de aguas á favor de un particular ó empresa. En el acueducto, canal, columna, etc., construído sobre un bien de uso público para otro uso público, quien usa en realidad es el dueño de dicho bien público, la colectividad, los individuos que forman el Estado nacional, el provincial ó el municipal, según de la clase de bienes de que se trate, y por consiguiente, al usar de cosa propia no hay servidumbre.

En los ejemplos que anteceden, aducidos para demostrar la posibilidad de constituir servidumbres sobre bienes de uso público, pruébase asimismo la realidad legal de la servidumbre por la consideración de que el Municipio de que es propiedad el fundo sirviente, debe siempre respetar el uso en que consista aquélla. Así, si el acueducto atraviesa una calle, un paseo ó un camino, podrá variarse el trazado de éstos, pero sin menoscabar el ejercicio de la servidumbre, como declara el art. 545. De igual manera se permitirá la variación del lugar de la servidumbre, autorizada por el párrafo segundo del mismo artículo, precepto confirmativo precisamente de la existencia de la servidumbre, porque si no existiese ésta, no habría para qué hablar del precepto permisivo de la variación del lugar y forma de su ejercicio.

Confirma también la opinión de que hay servidumbre en los supuestos mencionados, la circunstancia de que, en nuestro sentir, son aplicables á tales casos los modos extintivos consignados en el art. 546.

Es aplicable el modo del núm. 1.° (consolidación), porque cabe que un término municipal dentro del que esté comprendido el bien público, sobre el que grava la servidumbre, se agregue al término del Municipio á favor del cual exista ésta, y formen los dos uno. Si en el ejemplo antes presentado del Municipio *A*, que el abastecimiento de sus habitantes trae agua del Municipio *B*, y al efecto construye un acueducto sobre bienes de uso público de este mismo Municipio, el término municipal de *B* se agrega al de *A*, queda *ipso facto* extinguida la servidumbre, por

cuanto desaparece este derecho real para dar paso al de propiedad. Y lo mismo si, existiendo una servidumbre sobre un bien público municipal en favor de un bien provincial ó del Estado, adquiere y se convierte aquél en bien público provincial ó nacional.

Es asimismo pertinente, en su cualidad de modo extintivo, el no uso por veinte años, porque en cuanto al Municipio gravado no constituye un uso público é imprescriptible, puesto que sus habitantes no gozan de él, sino un uso particular de uno de sus bienes por una sola personalidad: el Municipio á favor del cual existe la servidumbre, y consiguientemente, prescriptible.

El estado de los predios (núm. 3.°) sólo podemos estimarlo como un modo relativo de extinción en cuanto á que en rigor sólo puede aplicarse á predios que puedan empeorarse ó destruirse (edificios y construcciones en general), pues el predio subsiste siempre. Sin embargo, por analogía cabe extenderlo al supuesto de que los términos municipales sujetos al derecho de servidumbre se despoblasen.

Pertinente es también el modo del núm. 4.°: llegar el día ó realizarse la condición, como acontecería en el caso mismo del acueducto, si se hubiere establecido que el abastecimiento de aguas se verificase por determinado número de años ó hasta que se construyese otro acueducto por otro sitio distinto, ó el Municipio dominante se surtiese de aguas de manantiales de su propio término, etc.

Es indudable que el Municipio en cuyo pro existiese el derecho de uso, constitutivo de la servidumbre, podría renunciar á él, y aquel otro Municipio sobre el cual pesase, redimirle, es decir, extinguirle mediante alguna prestación; casos ambos correspondientes respectivamente á los 5.° y 6.° del repetido art. 546.

El Derecho positivo viene á demostrar la certeza de nuestra opinión, mencionando casos en los cuales pueden existir servidumbres sobre bienes de uso público. La ley de Aguas de 1879, con relación á la servidumbre de acueducto, en su art. 76 (1), in-

(1) *Ley de Aguas.*—Art. 76. Si el acueducto hubiese de atravesar vías comunales, concederá el permiso el Alcalde, y cuando necesitase atravesar vías ó cauces públicos le concederá el Gobierno de la provincia, en la forma que prescribe el Reglamento. Cuando tuviese que cruzar canales ó ríos navegables y flotables, otorgará permiso el Gobierno.

dica la posibilidad de que el acueducto atraviese cauces y vías públicas, ríos comunales, canales de navegación ó ríos navegables ó flotables, bienes todos de uso público.

El art. 39 de la misma ley declara que en los ríos navegables ó flotables, todo el que sea dueño de sus márgenes ó tenga permiso de aquél, podrá establecer barcas de paso para el servicio de sus predios ó de la industria á que estuviese dedicado.

El art. 173 autoriza á las empresas de ferrocarriles para abrir pozos ordinarios, norias, galerías, y perforar pozos artesianos en terrenos de dominio público ó común.

Conforme al 176, 177 y 180, los dueños de predios contiguos á vías ó cauces públicos podrán recoger y aprovechar las aguas pluviales y las de los manantiales discontinuos que fluyen en épocas de abundancia de lluvias, y construir (cuando se trate de cauces públicos), sin necesidad de autorización, malecones de tierra y piedra suelta, ó presas móviles ó automóviles.

Las empresas de canales de riego gozan, según el art. 194, de la facultad de abrir canteras, construir hornos de cal, yeso ó ladrillo, depositar efectos ó establecer talleres para la elaboración de materiales en los terrenos contiguos á las obras, sean privados (previo en este caso el afianzamiento de la indemnización de daños y perjuicios) sean públicos y de aprovechamiento común. Desde un punto de vista, esta servidumbre es temporal, y por tanto, inadmisible como verdadera servidumbre si se estima como característico de este derecho la irrevocabilidad, en cuanto parece referirse al tiempo que dure la construcción de las obras. Mas lo cierto es que en realidad debe existir ese derecho, en tanto existan las obras, y para la conservación de las mismas, bien durante el tiempo de la concesión (99 años), bien cuando pase al dominio colectivo, á la comunidad de regantes.

La ley de bases para la legislación de obras públicas de 29 de Diciembre de 1876, en los números 15 y 17, enuncia la posibilidad de que una obra de tal clase, ocupe ó aproveche, perpetua ó temporalmente, una parte del dominio de uso público, ocupación c[illegible]iva de un uso, y, por lo tanto, de una servidumbre (1). [illegible]solución de 24 de Septiembre de 189[illegible], con referencia á

(1) Base 15. Será necesaria concesión del Gobierno ó de sus [illegible]dos para la ejecución de toda obra que haya de ocupar ó

un caso concreto, habla de las servidumbres impuestas sobre carreteras ó cauces públicos consistentes en el establecimiento de cañerías para agua, gas, etc.

En la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, el capítulo referente á la construcción de obras por particulares con carácter temporal ó permanente, ofrece casos típicos de servidumbres personales sobre terrenos de dominio nacional y de uso público, pues verdadera servidumbre representa toda construcción en la zona marítimo-terrestre en cuanto supone un uso determinado de esta zona á favor de un particular, ó sea un uso privado, distinto, por tanto, del uso público, propio de la clase de bienes que constituyen dicha zona. El Estado, dueño de la zona, concede á un particular un uso de ella, como diríamos nosotros, ó el Estado nacional establece un gravamen sobre un fundo de su propiedad á favor de una ó más personas, como cabe decir, con arreglo al artículo 531 del Código. Y no es lícito afirmar que no se trata de servidumbre de las denominadas personales, sino de enajenación del terreno, porque conviene no olvidar que se habla de bienes de dominio y uso públicos y, por lo tanto, no enajenables.

También podrán existir servidumbres en sentido estricto, ó sean no personales, sobre la zona marítimo-terrestre, como sucederá cuando un fundo, bien enclavado en dicha zona, bien fuera, use de ella en provecho propio, por ejemplo: paso particular para el fundo dominante: conducción de agua á través de la zona.

No menos manifiesta es la posibilidad de constituir servidumbre sobre bienes públicos, de uso público en la zona militar, porque no es imposible que dentro de ésta se encuentre un bien de tal naturaleza. Dalo á entender la Real orden de 22 de Diciembre de 1880 que, al dictar reglas para la construcción de edificios en las zonas polémicas, habla del caso en que algún Municipio estime conveniente la ejecución de obras ó creación

---

aprovechar constantemente una parte del dominio público destinada al uso general...

Base 17. Bastará autorización administrativa:

....

Segundo. Para ejecutar toda obra que haya de ocupar ó aprovechar temporalmente una parte del dominio público destinada al uso general.

de barrios en la zona polémica de los puntos fortificados, lo que indica que puede pertenecer á un Municipio todo ó parte del terreno enclavado en la zona, y dicho terreno ser de uso público, paseo, camino, etc.

Con referencia á este mismo punto, el Real decreto de 17 de Marzo de 1891 crea una zona militar de costas y fronteras para la defensa nacional, señalando los límites de la misma mediante una línea imaginaria que pasa por los puntos que indica. Pues bien: esta línea puede pasar, y de seguro así sucederá, por bienes de uso público, los cuales consiguientemente se hallan gravados con la servidumbre derivada de tal zona, ó sea la de no poderse estudiar, proyectar ni construir vías de comunicación de cualquier clase ú obra del Estado, Diputación provincial, Municipio ó empresas particulares, dentro de dicha zona, que afecten á la defensa del territorio, sin la intervención y aprobación del Ministerio de la Guerra. Hay servidumbre, porque los dueños de los terrenos, sean éstos públicos ó privados, por donde pasa la línea de defensa no pueden edificar sin aprobación de otra persona: He aquí un gravamen á favor del territorio español, del fundo nacional, digámoslo así.

Los montes públicos también pueden ser gravados con servidumbres, como lo prueban las disposiciones que regulan su uso y aprovechamiento, las cuales hablan repetidamente de ellas.

Damos por terminado aquí el estudio acerca de los bienes inmuebles que pueden ser objeto del derecho de servidumbres; de él se deduce que el concepto inmueble debe tomarse en un sentido amplio, es decir, que pueden ser predio sirviente, tanto los bienes de dominio privado como los de público; pero respecto de éstos, sólo en cuanto no se trate de un uso público y social, común á todos, sino de un uso particular.

***

Beneficio de un inmueble.—Bien con esta denominación de beneficio (Código español), bien con la de provecho ó servicio (proyecto alemán, y Códigos guatemalteco y mejicano), bien con la de utilidad (francés é italiano), todos los Códigos quieren indicar la misma idea.

El beneficio ó utilidad del predio llamado dominante, el *pro-*

de que hablaba la ley de Partidas, es elemento esencial de la servidumbre.

Con las palabras beneficio, provecho, ventaja ó servicio, se pretende expresar la utilidad que obtiene un fundo con la existencia á su favor de la servidumbre, beneficio que en otro caso no tendría; es decir, la mejora que por virtud de aquélla experimenta. La enumeración de las principales servidumbres convence de ello. En las de aguas, el predio llamado dominante obtiene un beneficio correspondiente á la naturaleza de cada servidumbre. Así, en la del predio superior sobre el inferior, se evita el perjuicio que experimentaría aquél con el estancamiento de las aguas, perjuicio que podría impedir el cultivo del fundo. Las de presa y acueducto llevan consigo la utilidad que recibe el predio á cuyo favor se establecen con el aprovechamiento del agua de que carecía con anterioridad. Por la de paso, se consigue la satisfacción de necesidades del predio que hasta entonces no se habían podido realizar, ó la mejora de las existentes. La de luces y vistas supone adquisición ó aumento de sol, aire, perspectiva, y por tanto, higiene, recreo. En la de desagüe, como en la de los predios superiores sobre los inferiores, se goza del beneficio de evitar el daño que determinaría la acción de las aguas detenidas. En la de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones, existe á favor del predio dominante, ya el beneficio de evitar el peligro de una explosión ó de un incendio, la incomodidad é insalubridad de cuerpos deletéreos (artículo 590), ya el de impedir que los árboles ó arbustos de otro predio se nutran á costa del dominante, en detrimento de las plantaciones existentes en éste (art. 591), ya el de lograr esto mismo ó evitar la pérdida de luz y aire (art. 592).

Por tanto, el beneficio de que habla el art. 530 de nuestro Código es «*el acrecentamiento jurídico y económico que obtiene un fundo por virtud de la constitución sobre otro fundo del derecho llamado servidumbre*». Acrecentamiento jurídico, porque la fracción de propiedad que se disgrega y destaca del fundo sirviente pasa al poseedor del dominante, y por tanto, aumenta la su de derechos de que gozaba; tendrá los inherentes á la propie sobre su fundo, *más* el que adquiere sobre el ajeno: uno antes no tenía, precisamente el que pierde el poseedor del viente.

Acrecentamiento económico en sentido amplio, porque el fundo adquiere una utilidad de que carecía ó aumenta la que proporcionaba antes, ú ofrece un goce, una comodidad no preexistente, que representa en su consecuencia un mayor valor, una plus-valía del fundo. Es, pues, beneficio para los efectos del artículo 530, toda mejora necesaria, útil ó de recreo que proporcione la servidumbre, porque todas suponen un disfrute más provechoso y ventajoso de la finca. En suma, se requiere sólo—como dice Germano—que la servidumbre mejore la condición del fundo.

Manifiestan también los autores que no es necesario que la utilidad ó el provecho sea de presente ó cierto, sino que basta que sea futuro ó eventual. Ejemplo de Germano: la servidumbre *altius non tollendi*, porque—dice—se ignora si se edificará.

Esta afirmación acerca de la eventualidad y de lo futuro del beneficio de la servidumbre, basada en el texto del *Digesto, libro VIII, tit. II, ley 23*, § 1.º: *Futuro quoque aedificio, quod nondum est, vel imponi, vel acquiri servitus potest*, exige, en nuestro entender, aclararse.

Cierto que este beneficio material podrá ser futuro ó eventual; pero esto supone más bien una modalidad de la constitución de la servidumbre, sin afectar á la esencia de ésta. La obligación de permitir el uso en que consista la servidumbre ó de no ejecutar determinados actos, propios de un uso de la cosa, podrá depender de un suceso futuro é incierto; mas esto no como exclusiva, es decir, como característica de la servidumbre, sino como atributo común á toda obligación. Este punto se refiere, pues, á la materia general de la contratación, no á la especial de servidumbres, puesto que envuelve en realidad la afirmación de que las servidumbres pueden ser estipuladas pura ó condicionalmente. Comprobación: cuando se concede simplemente á una persona el derecho de paso por una finca ó el derecho de sacar agua de ella sin fijar tiempo ó condición, se establece la servidumbre puramente, y el beneficio es de presente. Cuando, por ejemplo, se establece que pueda pasar una persona por un predio ó sacar agua desde determinado día ó en tanto el poseedor del predio sirviente termine la construcción de un abrevadero ó pozo, en todo se trata sino de una obligación á plazo ó condicional; el beneficio es consiguientemente eventual, ó por mejor

decir, condicional. La eventualidad ó no eventualidad del beneficio de que hablan los autores no es, pues, otra cosa sino la modalidad de la servidumbre en cuanto al tiempo de su ejercicio.

Conviene, sin embargo, distinguir en este punto entre las servidumbres llamadas positivas y las denominadas negativas. Consistiendo las primeras (conforme al tecnicismo del Código) en hacer alguna cosa, claro está que si aquello en que consista la servidumbre (uso) puede hacerse desde luego (pura) ó desde un suceso ó tiempo determinado, el beneficio podrá ser de presente ó de futuro; y por el contrario, siendo las negativas las que imponen al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, el beneficio resulta de tal prohibición, y por consiguiente, es coetáneo siempre, ó en la mayoría de las veces, á la servidumbre.

Sirvámonos para demostrar esto del mismo ejemplo de Germano. Si yo adquiero la servidumbre, *altius non tollendi*, sobre tu fundo, mi beneficio es eventual—dice—porque no sé si tú edificarás.

Disentimos de la opinión de tan notable civilista. ¿Cuál es el beneficio en tal servidumbre? La seguridad que tiene el dueño del predio dominante de que no se quitará la luz ó las vistas á su predio, y consiguientemente el derecho de gozar de ellas. Pues bien: este derecho y la seguridad de no ser privado de él los tiene desde el momento en que se constituye la servidumbre, porque á partir de él puede impedir al poseedor del predio sirviente realizar el acto (edificar ó levantar más alto) que en otro caso le sería permitido.

El beneficio hace relación al predio dominante, y aquél nace en la servidumbre de que se habla, en el instante de su establecimiento, porque desde él se goza del provecho que reporta. Si el dueño de un fundo en que no haya edificio alguno se obliga á no edificar, ó si existiendo ya edificado se obliga á no alzar en provecho del poseedor de otro fundo, exista ó no en éste edificación, entendemos que el beneficio nace *ipso facto*, por ser inherente al derecho de prohibir al poseedor del fundo sirviente no edificar ó no levantar, y el derecho existe desde la constitución de la servidumbre. El mismo Germano corrobora nuestra opinión, pues á seguida de las palabras que antes hemos transcrito, expresa que

«con la adquisición de la servidumbre se garantiza perpetuamente la vista al edificio, vista que lo hace más ameno».

Ahora bien—decimos nosotros—esa garantía del derecho de vistas, ó en otros términos, este derecho de vistas que beneficia la cosa, se adquiere, según queda demostrado, por la mera imposición de la servidumbre.

Esta cuestión del beneficio ó utilidad de la servidumbre no tiene, ó mejor dicho, no debe tener el sentido y el alcance que le otorgan los autores y que parece desprenderse también de los textos legales. Para los que tratan este punto, el beneficio ó utilidad es un elemento característico de la servidumbre, hasta el extremo de hacer depender de él la existencia jurídica del derecho real.

No cabe duda de que la idea de beneficio ó utilidad no es ajena á la de servidumbre, antes al contrario, la integra; pero lo que queremos decir es que el concepto de beneficio ó utilidad no sirve para calificar al de servidumbre, porque no es peculiar ni exclusivo de él, sino común á todas las instituciones jurídicas. La idea de beneficio va envuelta en el usufructo, en el llamado uso, en la habitación, censo, hipoteca. Todos estos derechos se establecen en beneficio de una persona. Se dirá que en la servidumbre, según el concepto generalmente admitido, el beneficio es en pro de un predio y no de una persona; pero lo que queremos hacer conocer es que en ambos casos concurre la idea de utilidad, sea á favor de la persona, sea en pro de una cosa. No puede, pues, estimársela como elemento diferencial de la servidumbre cuando es patrimonio también de otros derechos y, en general, de todos los actos jurídicos. La utilidad será, sí, el fundamento de su admisión por el legislador, la razón de su entrada en los cuerpos legales, mas no la característica de su naturaleza jurídica. Es un elemento secundario, accidental, por ser de índole económica, ajena, por tanto, al campo del Derecho.

Germano mismo viene á confirmar nuestra opinión al sostener que la *razón* jurídica de la existencia de los derechos reales á en la mayor utilidad que así pueden dar. Dice á este efecto, e la división de la propiedad en substancia, uso y fruto es una epción á la regla (propiedad plena), y para que acontezca esta epción es necesaria una *razón* que la justifique, y *esta razón* logra expresamente todas las veces que uno de los elementos

los derechos reales por su incorporalidad, repelen la posibilidad de la existencia de la servidumbre en su pro ó sobre sí mismos.

***

Del concepto legal de la servidumbre contenido en el art. 530 del Código se deriva la consecuencia de la necesidad de dos fundos: uno sobre el cual se impone el servicio constitutivo de la servidumbre, predio sirviente; y otro predio llamado dominante, porque en beneficio de él se establece el gravamen. Conviene advertir que este concepto de los dos fundos no hay que tomarlo en sentido literal, es decir, en el de que no haya precisamente más que un fundo dominante y un fundo sirviente, sino en el de entidad predio dominante y en el de entidad predio sirviente, sean uno ó varios. Puede haber una servidumbre á favor de varios predios, ó varios de éstos estar gravados á favor de uno.

La necesidad de los fundos es, pues, corolario de la totalidad del concepto de servidumbre, de los dos principios legales que le integran (gravamen de un fundo, beneficio de otro), y no sólo de este segundo, como afirma Germano. En los derechos llamados «servidumbres» en el terreno legal, no se concibe el beneficio de un inmueble sin el provecho de otro: son requisitos mutuos; luego el principio accesorio de la existencia de dos fundos no puede ser corolario de uno de ellos en particular, sino de los dos. Por esto nosotros lo tratamos así, como nota común á los dos principios cardinales del concepto de servidumbre.

Como corolario propio y especial del principio del beneficio de un fundo, señala también Germano el de que los dos fundos han de ser determinados. Este corolario es sólo una accesión, por decirlo así, de el de la necesidad de los dos predios, puesto que se refiere á una cualidad que han de tener, tanto el sirviente como el dominante. Por tanto, demostrado, en nuestro entender, que este corolario (necesidad de los dos fundos) es nota común á todo el contenido de la servidumbre y no á uno solo de sus elementos, resulta lógicamente que la cualidad de la determinación ha de ser asimismo común.

El por qué de la determinación de los dos fundos, estriba, según Germano, en que si el propietario del fundo dominante tiene la facultad de perseguir el sirviente en poder de cualquiera que

se encuentre, debe saber qué fundo puede perseguir: Y viceversa, teniendo el propietario del fundo sirviente el derecho de que se extinga la servidumbre cuando la necesidad desaparece, debe saber contra qué fundo ha de dirigirse.

No es inexacto lo dicho por este autor, pero cabe explicar el fundamento de la necesidad de la determinación de los fundos en términos aún más precisos, inspirándose particularmente en las propias ideas de Germano.

Si la servidumbre es un uso de la cosa ajena (servidumbre positiva), ó la limitación al poseedor de un uso de la cosa (servidumbre negativa) en beneficio de otra, claro está que el poseedor de ésta (fundo dominante) debe saber cuál es la cosa de la que puede usar determinadamente, es decir, en uno ó más usos determinados constitutivos de una ó más servidumbres, ó respecto de la que puede impedir un uso al poseedor de ella. Aquel en favor de cuyo predio se constituye la servidumbre necesita consiguientemente conocer sobre cuál predio se impone para gozar el uso en que consista la servidumbre. A su vez, al poseedor del predio sirviente le precisa conocer el fundo en cuyo pro se establece la servidumbre para saber en consideración á qué predio se encuentra gravado el suyo, hasta dónde alcanza la limitación, ó lo que es igual, cuál es la extensión del gravamen y quién es el que puede usar de su propiedad ó limitarle un uso de ella en su cualidad de poseedor del fundo dominante.

En puridad, no exige demostración este principio de la determinación de los dos fundos, dominante y sirviente, por ser implícito á la servidumbre. Si ésta—en el concepto legal—es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, lo esencial en la constitución de una servidumbre es la determinación de uno y otro inmueble, esto es, la expresión de cuáles son los predios con ocasión de los cuales se establece la relación jurídica propia de la servidumbre de que se trata, sin lo que su existencia se imposibilitaría. Sin saber cuál es el predio gravado y cuál el dominante, no se concibe una servidumbre; sería una servidumbre imaginaria, ideal, no real y efectiva.

La determinación de los predios equivale, pues, á su individualización, y hay, por tanto, que considerar determinado un predio siempre que constituya una *unidad jurídica*, siempre que sea bien inmueble que permita distinguirlo y diferenciarlo de otro.

Queremos decir con esto que no puede limitarse la cualidad de determinado al exclusivo caso de existir un solo fundo y de propiedad particular, con linderos precisos, sino que debe extenderse á aquellos otros casos en los cuales, si se trata de un solo bien inmueble, sus linderos sean, por decirlo, indefinidos, indeterminados, continuos, y si se trata de varios, constituyan en su conjunto una unidad jurídica, un nuevo bien distinto de otros.

Nadie dudará de que constituye un predio determinado, v. gr., el solar *A*, perteneciente á *B*, una heredad, un prado, un edificio, etc., de propiedad individual, los cuales tienen un área, un espacio limitado, y son respectivamente un bien distinto de otros; pero entendemos que para los efectos de la servidumbre es también predio ó fundo determinado, un camino, un río, un canal, cuyos linderos se prolongan cuasi indeterminadamente, que no los tienen en el rigorismo del concepto, é igualmente un término municipal, aunque en sí comprenda variedad de bienes, porque unos y otros constituyen una unidad física y jurídica frente á otros bienes, y por consiguiente, susceptibles de gozar ó de sufrir servidumbres, según hemos visto al tratar de qué predios pueden ó no ser dominantes ó sirvientes. El río, el camino, el canal, etc., es un bien, y por ende un fundo distinto de todos los demás; el término municipal es un fundo con relación á otros términos municipales ó á un bien particular, y constituye un bien individual, á pesar de ser compuesto de varios bienes: como forma una unidad jurídica la herencia, el concurso de acreedores, la quiebra, aunque los integren una universalidad de cosas.

Conviene advertir que acontece respecto de este particular de la determinación de los fundos, lo que con otras cualidades de la servidumbre; su exactitud es indiscutible, pero no constituye una característica, una especialidad de la servidumbre. Cierto que, según queda evidenciado, es menester que se conozca sobre cuáles fundos existe la servidumbre, pero esto sucede en todos los derechos sobre la cosa (derechos reales en su más amplio sentido), usufructo, uso, habitación, censo, hipoteca, porque para saber el derecho que se tiene sobre una cosa, hay que conocer ésta, saber determinadamente á cuál se refiere el derecho.

Otro corolario que desciende, según Germano, del princip del beneficio de un fundo como elemento de la servidumbre

que, en nuestro criterio, es común á los dos (beneficio de un fundo y gravamen de otro), es lo que denomina dicho autor *favorable situación de los fundos*.

Esta idea es la misma de Pacificci-Mazzoni (aunque no expresada con las mismas palabras), en cuanto éste dice que los fundos deben estar situados de manera que el uno pueda proporcionar al otro el beneficio de la servidumbre; es una rectificación acertada de la más antigua y tradicional teoría de la vecindad ó contigüidad de los fundos.

Albisson, en la discusión del proyecto del Código francés, impugnó ya el principio de la vecindad, diciendo que si bien la mayor parte de los autores de derecho clásico le consideraban como condición de la servidumbre, distinguían la vecindad de la contigüidad, y sobre todo, que la servidumbre podía existir entre fundos separados por otro intermedio, de lo que suministraba algún ejemplo el Derecho romano.

Laurent reconoce también que la contigüidad no es condición necesaria para la validez de la servidumbre, pues se concibe que un fundo no contiguo preste un servicio á otro. Y lo mismo dice respecto de la vecindad. En general, expresa, los fundos deben ser vecinos, pero puede suceder que una carga impuesta á un fundo favorezca á otro lejano, y termina manifestando que éstas son cuestiones de escuela desconocidas por la práctica.

La idea de la vecindad como distinta de la de contigüidad, porque aquélla—como hace notar Germano—supone lo limítrofe, procede del Derecho romano. En éste, efectivamente, encuéntranse leyes que hablan de la vecindad; pero no lo hacen en términos absolutos y genéricos que comprendan todos los casos, por cuanto existen textos en que se establece la servidumbre á pesar de no existir aquella condición.

De las primeras son el § *1.°*, *ley 5.ª*, *tít. III (De servitutibus praediorum rusticorum)*, *libro VIII*, y el § *1.° de la ley 7.ª* de estos mismos título y libro.

Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris nec appulsum, ... etae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi ... lun vicinum habeat... Neracio dice en los libros á Plaucio que derecho de tomar agua, ni el de abrevadero, ni sacar greda ... cal, puede establecerse en el fundo ajeno si no hay fundo ... . (*Ley 5.ª*, § *1.°*)

In rusticis autem prediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Pero en los predios rústicos impide la servidumbre el predio que está en medio. (*Ley 7.ª, § 1.º*)

Entre las segundas merecen mencionarse, por ser las más evidentes, éstas:

Dig., libro VIII, tit. II (De servitutibus praediorum urbanorum), ley 38. Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest. Si mis casas distan tanto de las tuyas, que no pueden verse, ó alguna altura impide las vistas de ellas, no puede imponerse servidumbre.

Dig., libro VIII, tit. V (Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur), ley 5.ª... Si inter meas et Titii aedes tuae aedes intercedant, possum Titii aedibus servitutem imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur, quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis. Si entre tus casas y las de Ticio se encuentran las tuyas, puedo imponer á las de Ticio la servidumbre de no levantar, aunque no se imponga á las tuyas; pues en tanto que tú no levantes, la servidumbre es útil.

Dig., libro VIII, tit. IV (Communia praediorum tan urbanorum, quam rusticorum), ley 7.ª, párrafo 1.º Interpositis quoque alienis aedibus imponi potest... Puédese también imponer servidumbre aunque haya interpuesta alguna casa.

Queda, pues, demostrado que ni la contigüidad, ni aun la vecindad eran requisitos esenciales para la existencia de la servidumbre en Derecho romano. Y es que dicho requisito, lo mismo que el de la favorable situación de los lugares, no son elemento jurídico de la servidumbre: conciernen al hecho, no al derecho de servidumbre.

La vecindad concurre en las servidumbres de vertientes de tejados, distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones, tanto privadas como públicas, la llamada de medianería, y en la de paso. Lo que Germano denomina favorable situación de los lugares, lo vemos en la servidumbre de los predios superiores sobre los inferiores, servidumbre que á su vez supone la vecindad. Sin embargo, otras servidumbres existen que no requieren ninguna de dichas cualidades, como las de estribo de presa, saca de agua, acueducto, parada ó surtidor.

De aquí se infiere que la vecindad, la contigüidad ó la fa-

vorable situación de los lugares no es atributo esencial de la servidumbre, por no ser característica suya; no es nota común y genérica de todas, sino específica de algunas, y no afecta al contenido jurídico de la servidumbre, es solamente un hecho físico. Se indica con dichos conceptos la situación de los fundos dominante y sirviente, y esto no implica carácter esencial ó accidental de la servidumbre. Es este particular otro de los en que se ve la huella del tradicionalismo jurídico, persistente en la servidumbre, más aun que en otras instituciones jurídicas.

***

Servidumbres á favor de las personas.—Ya indicamos en lugares anteriores que al consignar el Código en su art. 530 que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño, había que entender dicho vocablo *beneficio* en el sentido de *á favor* del inmueble. Es decir, que con la palabra servidumbre en el caso actual se pretende significar la constitución de un gravamen á favor de una persona en consideración á un fundo; viniendo á corroborar esto, nuestra afirmación del sentido de la palabra beneficio, porque gravamen establecido á favor de una persona, vale tanto como en beneficio de ella, y viceversa.

Dijimos también que de tal punto derivaba la cuestión de la existencia ó inexistencia de las llamadas servidumbres personales, porque, en efecto, decir servidumbres á favor de un fundo, equivale á afirmar la servidumbre denominada por antonomasia real, y decir á favor de una persona, es igual que reconocer la existencia de la personal.

Es ésta cuestión que ha preocupado á los autores y que tiene para nosotros valor positivo, no meramente teórico, por virtud de la doctrina del art. 531. La estudiaremos en ambos esferas, la especulativa y la práctica.

La corriente científica se ha bifurcado en este punto: unos autores, Gutiérrez y Sánchez Román entre los españoles, Laurent Pacifici-Mazzoni y Rogron entre los extranjeros, defienden ncepto de las servidumbres personales. Germano, autor de onografía de las servidumbres, á la que tan repetidamente ferimos, la combate.

'to Gutiérrez acepta la división de las servidumbres en

reales y personales, comprendiendo en éstas el usufructo, el uso y la habitación, y así expone la materia en su obra *Estudios fundamentales sobre el Derecho civil,* pero sin expresar consideración alguna científica en pro de su opinión. Se limita á copiar unas palabras de Rogron y á decir que tal clasificación «en cualquier obra didáctica, como principio de método, facilita el orden y la exposición de doctrina».

Sánchez Román, en pro de su opinión, dice que el derecho de servidumbres necesita elementos reales y personales, como lo prueba el que en las llamadas reales, no es el predio el que ejerce el derecho, sino que, mediante él, lo ejerce su dueño y poseedor, y que la esencia del derecho consiste en que el gravamen recarga sobre la cosa, siendo ésta y no la persona la que sirve, y que otra persona distinta del dueño sea la que pueda hacer efectivo tal servicio.

La razón por la que Rogron acepta el carácter de servidumbre para el usufructo, el uso y la habitación es la general y común: que en dichos derechos y otros semejantes, el fundo está sujeto á distinta persona que al propietario, y que el servicio es debido á la persona.

Pacifici-Mazzoni expone su criterio con gran extensión y claridad. En el tomo I de su obra (1), al llegar al tít. III del libro II del Código civil italiano, en vez de exponer como epígrafe del mismo el concepto de *Modificaciones de la propiedad,* inserta éste: *De las servidumbres personales,* cambio harto significativo, refiriéndose en el cap. I al usufructo, al uso y á la habitación.

Dentro de la materia del título, dice que la servidumbre sólo puede ser impuesta sobre una cosa, pero cabe establecerla á favor de una cosa como de una persona, de donde proviene la distinción de la servidumbre en *predial* ó personal, con relación al sujeto, al cual debe aprovechar, mientras que considerada respecto del objeto sobre que se establece, es siempre derecho real. Y añade que si no cabe imponer la servidumbre personal á favor de una cosa, la real puede concederse á una persona, si bien cesa entonces de ser real para adquirir el carácter de crédito, el de servidumbre de uso irregular. Enumera á continuación las

(1) *Codice civile comentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza.*

diferencias entre las servidumbre reales y las personales, estableciendo las siguientes. Aquéllas son perpetuas, como la existencia del fundo, al que aprovechan; éstas son esencialmente temporales, no pudiendo sobrevivir á la persona á cuyo favor se encuentran establecidas. Las primeras suponen necesariamente dos fundos pertenecientes á distintos propietarios; para las segundas basta la existencia de una cosa y de la persona á la que favorece el gravamen. Las reales sólo pueden establecerse sobre un inmueble corporal, por ser lo único que puede producir utilidad á otro común; las personales sobre inmuebles y muebles, también incorporales, como el derecho de enfiteusis y los créditos, porque éstos pueden también proporcionar utilidad á la persona.

En esta parte, por último, afirma que las servidumbres personales son tres: usufructo, uso y habitación.

En el tomo III de la misma obra, concerniente á las servidumbres prediales establecidas por el hecho del hombre, se ratifica en su criterio. Al expresar el concepto de la servidumbre, consigna que ésta significa que la propiedad de una cosa está sujeta á restricción, que disminuye la ilimitada libertad de la que por naturaleza se gozaría en otro caso, ya en provecho de una persona ó de otra cosa, indiferentemente. Expone de nuevo que la división cardinal de las servidumbres atañe al sujeto, persona ó fundo en cuyo beneficio se establece, ó sea servidumbres personales y prediales ó reales.

Con referencia al principio de que la servidumbre impuesta á un fundo debe producir beneficio á otro, dice que de tal principio deriva el corolario de que no hay servidumbre real cuando el derecho constituído determina un provecho puramente personal al poseedor del fundo, y que tal derecho es ó una servidumbre personal, que suele llamarse de *uso irregular*, ó un simple derecho de crédito.

Puede, en efecto, añade, constituirse en servidumbre personal de uso irregular, ó en derecho de crédito, todo derecho de goce [illegible] re un fundo, que sería una verdadera servidumbre si se concediese á un fundo, y presenta los siguientes ejemplos: los derede conducir agua y los de abrevadero ó pastos pueden ser rovecho de una persona igualmente que para la utilidad de undo, y nada prohibe que se conceda á la persona mediante

arrendamiento, ó como servidumbre personal por venta, donación ú otro título. No constituyen tampoco servidumbre real por faltar el fundo dominante ó su utilidad, indica el mismo autor, el derecho de pasear por un jardín, coger frutas ó flores ú otro semejante, útil exclusivamente á la persona; el derecho de la concesión de agua destinada á empresas agrícolas ó industriales, hecha á sociedad ó particular con objeto de mejorar otros fundos y en la esperanza de obtener lucro de la venta ó arriendo del agua, y el derecho que tienda á procurar productos de comercio, como el de extraer creta de un fundo para la construcción de objetos y venderlos; pero lo será si se concede para las necesidades de un fundo; por ejemplo, para hacer ladrillos ó tejas con el objeto de reparar la casa.

Prosiguiendo en este punto, dice también Pacifici-Mazzoni, que si el derecho no puede gravar sobre un fundo, no cabe dudar que es un crédito y no servidumbre personal. Presenta como ejemplo el derecho concedido á un comerciante de que el propietario de la casa vecina no se dedique á negocio semejante al suyo. Y esto—expresa—aunque el edificio sea de la propiedad del obligado, porque de un lado la prohibición de la concurrencia redunda en provecho personal del comerciante, y de otro no tiene éste, derecho alguno sobre la cosa ajena.

En Laurent se observa, en nuestro entender, alguna contradicción.

Dice de una parte que si la ley da su sanción á actos constitutivos de servidumbres, si permite desmembrar una heredad, es por aumentar la utilidad de otra, cuyo cultivo, ocupación ó explotación se mejoran por el establecimiento de la servidumbre. De donde se deduce que cuando no se trata de mejorar una heredad, no hay cuestión de servidumbre, ni cuando no pueda destacarse una utilidad cualquiera de un fundo para que goce de ella otro. Pero si esto afirma de un lado, también sostiene que si las servidumbres reales no pueden estipularse en provecho de una persona, nada impide estipular tales derechos á título de obligaciones.

El antagonismo entre estas varias afirmaciones capitales d ilustre y malogrado catedrático belga es evidente. Si sólo es l cito hablar de servidumbre cuando se trata del beneficio de u fundo, claro que no es posible verificarlo en el caso de que l

haya tal beneficio del inmueble, como acontece en los derechos llamados servidumbres personales, y menos podrán estipularse servidumbres reales, servidumbres en sentido estricto, en concepto de obligaciones. El derecho que constituya una servidumbre, un derecho real, nunca podrá convertirse en de obligación, que supone un derecho personal. Serán distintos derechos, derechos de naturaleza especial cada uno; mas no un mismo derecho que varía ó cambia de naturaleza.

Además de las servidumbres admitidas por los autores, Laurent señala tres: el derecho de caza, el derecho de leña y la prohibición de determinada industria.

El derecho de caza—dice—puede ser desmembrado de la propiedad, sea á título de derecho de caza, sea á título de servidumbre real; pero en este último caso, es preciso que procure una utilidad á las heredades en interés de las cuales se establezca, lo que no acontece sino en circunstancias excepcionales.

Opina también que es servidumbre el derecho de coger leña en un bosque, porque las casas necesitan de ella para poder ser habitadas. Todos los que habiten la casa se aprovecharán de la servidumbre, y, por consecuencia, la carga se encuentra establecida en favor del fundo.

Lo será asimismo una carga establecida sobre un fundo en interés de la industria que se ejerza en otro fundo, siempre que sea en interés de éste, no de la persona.

Continuando Laurent en la exposición de su criterio, dice que á pesar de la disposición del art. 686 del Código civil francés y de su silencio acerca del usufructo, éste es lo que ha sido siempre, una servidumbre personal. Ésta se diferencia de la real—manifiesta—en que el gravamen se establece en favor de una persona, en tanto que en aquélla se impone en provecho de una heredad. El usufructo (y lo mismo el uso y la habitación) supone una carga impuesta sobre un fundo para la utilidad del usufructuario; luego es—consigna—una servidumbre personal. El derecho de caza puede ser también servidumbre personal, en opinión de [illegible]ent, si se estipuló á favor de una persona.

[illegible]r último, manifiesta que pueden establecerse también gra[illegible]nes en favor de una persona, pero con el carácter de obli[illegible]ón, es decir, unida á la persona del deudor, no al poseedor [illegible]undo.

Germano trata este punto con detenimiento en diferentes partes de su notabilísima monografía de las servidumbres.

Comienza por manifestar que la palabra servidumbre no existió en los primeros tiempos del Derecho romano, ni se encuentra en las XII Tablas, sino la de *jura praediorum* (derechos de los predios); que el cambio de palabra debió verificarse durante la gestación del Derecho no escrito; que esta denominación de servidumbre se extendió á otros derechos distintos de los *jura praediorum,* como el usufructo, uso, habitación, cuasi usufructo, debido á que el significado de servidumbre no se refería ya al fundo que prestaba el servicio, sino que concernía al derecho mismo como cosa abstracta, y si el beneficio recaía en favor de un fundo, la servidumbre era *real,* y si á favor de una persona, *personal.* Servitutes aut *personarum* sunt, ut usus et usufructus, aut *rerum*, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. (*Dig., lib. 8.°, tit. I, ley 1.ª*) No obstante—añade—esta distinción, en las fuentes del Derecho romano, cuando se usa sola la palabra servidumbre, se entiende siempre con referencia á la predial ó real, como acontece en el § 7.°, *ley 15, tit. I, libro VII,* referente á la prohibición de imponer servidumbres el propietario y el usufructuario, en la que se habla de servidumbre con distinción del usufructo; *y la 1.ª del tít. VI* del mismo libro, sobre vindicación de las servidumbres por el usufructuario, lo cual prueba—dice Germano—que el verdadero nombre de servidumbre se circunscribió siempre á los derechos reales á favor de los predios.

Entrando ya el distinguido civilista italiano en el estudio de la cuestión, explica perfectamente por qué al usufructo, al uso y á la habitación se extendió la denominación de servidumbre. Dice á este efecto, que entre los *jura praediorum,* derechos de los predios ó sea servidumbres, y los mencionados derechos existe una semejanza, no respecto á su contenido, sino en cuanto á que unos y otros se fundan sobre la cosa de un tercero, y así como á los *jura praediorum* se les llamó servidumbre por analogía con la esclavitud, se aplicó tal denominación á los derechos que la persona podía tener sobre la cosa del tercero.

Señalando las diferencias entre las servidumbres denominadas reales y las personales, ó sea el usufructo, el uso y la habitación, manifiesta que en éstas falta el mayor beneficio que debe

obtenerse de la desmembración del usufructo y del uso, de la nuda propiedad; es á saber, la irrevocabilidad característica de las verdaderas servidumbres. Y sobre todo la diferencia del contenido, porque el concepto del fruto, inherente á los mencionados derechos, es esencialmente extraño á la servidumbre, que no puede consistir en el fruto, sino simplemente en un uso de la cosa.

Con referencia á los demás derechos, á los que se da también la denominación de servidumbre, afirma Germano que todo uso de una cosa que no aproveche á un fundo, no constituya servidumbre, sino derecho de crédito, obligaciones personales.

Así, dice que la caza no es servidumbre porque no mejora la condición del predio dominante, ni en el caso de que se constituya sobre un bosque para hacer más agradable un campo vecino, porque éste, como tal campo no aumenta su producción con el derecho de caza. Y lo mismo el derecho de prohibir el ejercicio de una industria para no tener concurrencia.

Respecto de las servidumbres de pastos, de abrevadero, extracción de arena, etc., reconoce que se pueden conceder á quien no tiene un fundo; pero esto demuestra, en su opinión, que las llamadas servidumbres sobre los frutos ó sobre la cosa incorporada al suelo, no son verdaderas servidumbres, sino derechos de propiedad, añadiendo con gran acierto que si las servidumbres se hubieran limitado como en un principio á los derechos fundados sobre un uso de la substancia de la cosa, no existirían las servidumbres de *uso irregular*, y la materia de la servidumbre estaría menos revuelta y embrollada.

En último lugar, expresa que el principio de que las servidumbres propiamente dichas no pueden constituirse á favor de las personas, sufre una excepción repecto de las servidumbres legales de utilidad pública, refiriéndose á las servidumbres de aguas, sirga y construcción y reparación de caminos y demás obras públicas.

Expongamos nuestra opinión acerca de las servidumbres llamadas personales.

Si bien se observa, por los términos en que los autores presentan generalmente la cuestión, ésta es de nombre, no de concepto, forma más que de fondo. Si se da el nombre de servidumbre derecho en que ésta consiste por ser un servicio que un fundo

presta á otro fundo, porque un predio sirve á otro predio, no es absurdo ni monstruoso llamar también servidumbre al servicio que preste un fundo á una persona. Desde este punto de vista era lógico aplicar el concepto de servidumbre á ambos servicios, representativos de otros tantos derechos; y como á pesar de ser la nota común el servicio de un fundo, se diferenciaban en que en un caso el servicio era á favor de una persona, con exclusión de la idea de predio, y en el otro se otorgaba en consideración á la idea de fundo, de aquí también la lógica (lógica nominal que pudiéramos decir) de denominar el servicio en el primer caso servidumbre personal, y en el segundo real, aunque en este último el adjetivo real unido á la servidumbre expresase una redundancia gramatical y jurídica.

Con referencia al lenguaje legal, al de la mayoría de los Códigos, también es comprensible la cuestión. Si, según los cuerpos legales, lo que caracteriza á la servidumbre es el ser un gravamen sobre un predio, servidumbre será lo mismo cuando se constituya á favor de una persona que de un fundo.

Las consideraciones expuestas son las únicas que sirven de apoyo á los que defienden la existencia de las servidumbres personales, como hemos visto en Laurent, Pacifici, Sánchez Román, Rogron, etc.

Nosotros nos alejamos de la cuestión de nombre, y prescidimos de ella. La examinaremos en su fondo, esto es, en lo referente á la naturaleza de los derechos acerca de los que ha surgido la controversia, y así resolveremos también la de nombre; porque si el contenido de tales derechos es idéntico, serán todos uno mismo y deberán recibir igual denominación, y si no sucede así, forzoso es que la ostenten distinta.

Dentro de los derechos á los que se ha aplicado el concepto de servidumbres personales, existen dos categorías: una comprende el usufructo, el uso y la habitación; la otra las servidumbres á que los autores aplican el calificativo de *uso irregular* (caza, pastos, leñas, etc.).

Ya en otro lugar de nuestra obra (1), en la introducción al título V del libro II del Código, rechazamos el concepto de servidumbres con relación al usufructo, al uso y á la habitación. Allí

(1) Tomo IX, pág. 88.

dijimos que en estos derechos no hay predio dominante ni sirviente, que su naturaleza no consiste en que una persona sufra ó se le prohiba un servicio determinado, que el usufruto y el uso pueden constituirse sobre bienes muebles, y que si la idea de gravamen sobre un fundo bastase para calificar la servidumbre, pudiera con poca elasticidad jurídica extenderse el concepto al censo, enfiteusis, prenda é hipoteca y á todos los derechos reales, tomada esta palabra en su sentido más lato, ó sea todo derecho sobre una cosa ajena.

Aparte de esto, la diferencia capitalísima reside en la esencia, en el diverso contenido de cada uno de los derechos. Este es el punto principal, la clave de la cuestión. La servidumbre consiste, aceptando el tecnicismo legal, en dejar hacer algo el dueño del predio sirviente, ó en prohibir á éste hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, es decir, en que una persona use de un modo determinado del predio ajeno (paso, vertiente de tejados, acueducto, desagüe, vistas), ó en impedir al dueño de éste un uso también determinado del mismo (no edificar, no alzar). El contenido del derecho de servidumbre es, pues, un uso *específico* (servidumbre positiva), ó la prohibición de un uso *específico* (servidumbre negativa) de la cosa ajena.

El usufructo no consiste en esto; no se limita al uso de la cosa, y menos á uno determinado; es el derecho de percibir los frutos de la cosa ajena y usar *genéricamente* de ella. El usufructo es una propiedad temporal ó provisional, dice muy bien Germano, porque, en efecto, el usufructuario tiene, mientras goza de tal calidad, todos los derechos del propietario. El dueño, decimos nosotros, tiene la propiedad estática, en reposo (la nuda propiedad, la substancia de la cosa); el usufructuario, la propiedad dinámica, la propiedad en movimiento, en actividad.

Nada de esto acontece en la servidumbre. El que goza de una de éstas tiene sólo el derecho de usar de la cosa ajena, el modo específico inherente á la servidumbre de que se trate, ó la facultad de prohibir un uso concreto; el dueño tiene todos los derechos ...rentes á su carácter de tal, incluso los de percibir los frutos ...ar genéricamente de su fundo, salvo el deber de respetar el ... en que consista la servidumbre. En una palabra: el usufructo ..., como indica su nombre, sobre el elemento *fruto* de los tres ...integran la propiedad (substancia, fruto y uso); la servidum-

bre sobre el *uso* y de modo específico. ¿Dónde está, por tanto, la analogía entre el usufructo y los derechos llamados servidumbres? ¿En qué se asemejan la naturaleza de aquél y de éstas? Sabido es que el llamado uso es sólo un usufructo parcial, un usufructo de menor cuantía, limitado á la percepción de los frutos de una cosa en lo que baste á satisfacer las necesidades del usuario y de su familia. Siendo, pues, igual la calidad del usufructo y del uso, y diferenciándose sólo en la cantidad, claro que le es aplicable, en cuanto á la cuestión que ventilamos, todo lo dicho acerca del usufructo. El contenido del derecho de uso es la percepción de parte de los frutos de una cosa, es un derecho que recae sobre el elemento fruto; luego es esencialmente distinto de la servidumbre, que concierne exclusivamente á un uso de la cosa.

En la habitación asalta alguna duda. En realidad, tal derecho no es más que el uso de una morada, y un uso determinado, porque se limita al derecho de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para el que goce del derecho y para las personas de su familia. En este sentido, parece que pudiera calificarse de servidumbre, pero no es así.

La servidumbre positiva (á la que se asemejaría, en caso de serlo, la habitación) consiste efectivamente en un uso determinado de la cosa; en uno de los varios que ofrece ésta; pero aquí radica precisamente la diferencia; porque la habitación es el solo y único uso de la casa; y el uso de una servidumbre supone además un uso extraño en cierto modo á la cosa, no un uso propio de ella. El fundo está para que el dueño lo utilice por sí, cultivándole si es rústico, habitándolo si es urbano, ó arrendándolo en uno y en otro caso, no para que otra persona goce un uso de él (pasar, verter aguas, etc.); el derecho de habitación, por el contrario, es el uso propio y natural de la cosa; la casa está para ser habitada.

Esto, considerando la habitación como un uso: que cabe reputarla como equivalente á la percepción de frutos civiles, en cuanto quien goza de ella se evita el pago del alquiler.

En un sentido ó en otro, la habitación es un derecho sustantivo, con vida propia é independiente, de las servidumbres dichas personales.

Rechazamos en absoluto las opiniones contrarias, y aceptamos la de Germano. Tales derechos, y lo mismo el de la llamada servidumbre de aguas, de frutos ó de cosas muebles, constituyen

otros tantos derechos de propiedad. Consisten todos en el aprovechamiento de una substancia especial, distinta y separada de la substancia del inmueble, en el derecho de apropiarse un fruto de la cosa, á diferencia de la servidumbre, que consiste en un uso ó en la prohibición de un uso de la substancia de la cosa.

En puridad, las supuestas servidumbres de que se trata son similares al usufructo, son un usufructo parcial. En éste, el usufructuario tiene el derecho de adquirir la propiedad de los frutos, es decir, de hacerlos suyos y usar de la substancia de la cosa para conseguir dicha percepción. Pues bien: el contenido de los derechos á que nos estamos refiriendo es igual al expuesto del usufructo. En tales derechos, quien goza de uno de ellos tiene la facultad de percibir el fruto, de apropiarse éste y adquirir consiguientemente su propiedad y de usar de la substancia de la cosa en lo necesario para la adquisición del fruto. Prueba de esto es que no habrá diferencia alguna entre el usufructo de pastos, de aguas, de leña ó de caza y la servidumbre de cualquiera de estas denominaciones; el contenido del derecho sería igual en unos y en otros: la percepción de la substancia-fruto á que se refiere el derecho y el uso necesario para dicha percepción. Este uso podrá, si acaso, ser calificado de servidumbre; mas no el derecho de percibir la substancia de que se trate, y como este derecho es el principal, claro es que ha de regir al accesorio, no éste á aquél. La servidumbre propiamente tal sólo concierne al uso; cuando va unida á otro derecho, cabe ya dudar si existe aquélla.

En virtud de este modo de pensar, rechazamos el de Pacifici-Mazzoni de que ciertos y determinados derechos, de la índole de los que nos ocupamos son servidumbres personales ó servidumbres reales, según el destino de la materia ó substancia sobre que recae el derecho. Así—dice—no constituirá servidumbre el derecho, resultado de una concesión de aguas con objeto de mejorar un fundo, á fin de obtener lucro con la venta ó cesión del agua, en oposición, sin duda (aunque no lo expresa), al caso en el agua se ceda en beneficio del propietario y del fundo; tam-lo es el derecho de extraer creta de un fundo para hacer ob- de barro y venderlos; pero lo es—añade—si se destina á la strucción de tejas ó ladrillos para la reparación de una casa. aurent también hemos visto que distingue respecto del de

caza, distinción que no sentamos de nuevo para evitar repeticiones inútiles.

En el rigorismo jurídico no se alcanza á comprender cómo un mismo derecho, un derecho cuyo contenido es igual, puede estimársele distinto sólo por el fin á que se le destina, por la intención del sujeto. Depende este error de no fijarse los autores para la determinación de la naturaleza y nombre del derecho en su contenido, elemento fijo y esencial, y sí en el destino económico del derecho, en la utilidad que haya de producir, elemento accidental y variable. Para nosotros no hay cuestión, porque en el derecho de aguas, en el de extracción de creta como en el de leñas y pastos hay un derecho de propiedad del fruto, derecho á la apropiación de una substancia, en lo cual consiste su esencia jurídica, y que, por tanto, siempre es el mismo, cualquiera que sea la aplicación que se dé á la substancia.

En el concepto de servidumbres personales comprende Laurent el derecho de prohibir el ejercicio de determinada industria. Con Germano y Pacifici-Mazzoni, disentimos de esta opinión, y afirmamos que es un derecho personal porque no constituye un derecho sobre la cosa, sino una obligación de la persona. Refiérese tal derecho á una limitación de la actividad individual, á una restricción de la libre determinación humana, y hablar, con referencia á ella, de servidumbre, es harto peligroso; porque, en efecto, sería una verdadera servidumbre personal en el sentido que hoy rechaza la ciencia jurídica y lo mismo el derecho positivo. Podrá discutirse si existen ó no servidumbres á favor de la persona; es indiscutible que no pueden recaer *sobre* la persona; ésta sólo es susceptible de obligación.

Queda por examinar la afirmación de Germano de que las servidumbres *legales* pueden establecerse á favor de las personas, no así las *voluntarias*, que deben ser necesariamente prediales.

Trata dicho autor la cuestión bajo el prisma del derecho positivo, con referencia al art. 534 del Código italiano (1), que habla

(1) Art. 534. Las servidumbres establecidas para la utilidad pública tienen por objeto las corrientes de agua, las veredas á lo largo de los ríos y canales navegables ó fáciles para el transporte, la construcción ó reparo de caminos y demás obras públicas.

Todo lo concerniente á esta clase de servidumbres se determina por leyes y reglamentos especiales.

de las servidumbres concernientes al curso de las aguas, sirga, navegación y transporte por ríos y canales, construcción y reparación de caminos, correspondiente al art. 553 del nuestro.

Tales servidumbres, esto es, cuando el gravamen recae sobre bienes de dominio privado, ¿son puramente á favor de la persona? En el más exigente rigorismo científico acaso pudiera contestarse negativamente. De admitirse la división de la servidumbre en real y personal, sólo debiera aplicarse este adjetivo á la servidumbre que no requiriera ni próxima ni remotamente la idea de un fundo, de un bien inmueble, en consideración al cual (ya que no en pro) se establezca el gravamen sobre otro inmueble. En las servidumbres de navegación, flotación, pesca, salvamento y de sirga, en todas interviene la idea del río, en consideración al cual se establece la servidumbre. El mismo art. 553 expresa que tales servidumbres se establecen en *interés general* de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento, y que la de sirga es para el *servicio* exclusivo de la navegación y flotación fluvial. Ahora bien: decir «en interés» para el servicio, equivale á decir «en beneficio», y aquí nos encontramos ya dentro del art. 530, porque las servidumbres se establecen á favor de la colectividad, mas para el mejor servicio ó provecho de los ríos.

Los artículos de la ley de Aguas relativos á estas servidumbres vienénlo á confirmar, pues de ellos se desprende que se encuentran consignados con tal objeto.

A este efecto, conviene recordar también lo dicho acerca de cuáles bienes inmuebles pueden ser fundos dominantes. El mismo Germano afirma que, relativamente á las servidumbres voluntarias de utilidad pública, se puede considerar fundo, no sólo una plaza, un camino, sino toda una ciudad, todo un término municipal. De aquí se infiere que, si este bien puede ser reputado fundo dominante en una servidumbre voluntaria de utilidad pública, no hay razón alguna para que no lo sea en una legal de igual clase.

Lo que ocurre con estas servidumbres es que se constituyen en interés colectivo, de uso público, como dice el repetido art. 553 Código, concepto éste (uso público) que no se aviene muy con el de servidumbre, según expusimos al hablar de las lumbres de luces, vistas y desagüe de edificios sobre las vías cas. Y como, por otra parte, aquellas servidumbres se esta-

blecen en favor de la colectividad, claro que en este sentido cabe decir que son servidumbres á favor de las personas.

Acontece lo propio con la servidumbre de saca de agua y de abrevadero. De un lado parece ser personal, en cuanto efectivamente se establece en favor de las personas, pero como éstas gozan de ella como habitantes de determinada población ó caserío, de aquí que en puridad quepa calificarla de real. Todas las servidumbres de esta naturaleza se conceden á la persona, pero como dueña ú ocupante de un fundo, y esto acontece en la expuesta, en que se goza en relación á uno determinado. La pureza de la servidumbre personal (admitiendo esta división) rechaza la idea de un bien inmueble en consideración ó con ocasión del cual exista el gravamen.

Opinamos, en definitiva, que la cuestión de la distinción de las servidumbres en reales y personales es cuestión de nombre. Deriva del hecho de mantener la palabra servidumbre aplicándola á derechos de muy diversa naturaleza, de contenido vario. Dada la denominación de servidumbres á ciertos derechos sobre un fundo á favor de una persona, aunque en consideración á otro fundo, por virtud del servicio que presta éste, no es extraño que se extendiese aquella denominación al servicio que un predio prestare exclusivamente á la persona.

Desde este aspecto puramente formal y externo, aún cabe reputar viva una cuestión muerta á manos de la crítica jurídica. Basta examinar el punto con alguna profundidad, según hemos visto, para convencerse de la escasa ó nula importancia de la cuestión, mejor dicho, basta investigar la naturaleza de los diversos derechos llamados servidumbres, para desvanecer la obscuridad de la duda.

Si el contenido de los derechos de usufructo, uso y habitación es esencialmente distinto de los derechos de servidumbre, no hay razón alguna para otorgarles este calificativo; si acontece igual con otros derechos (aguas, leñas, pastos), tampoco es posible llamarlos servidumbre.

Por esto creemos conveniente la supresión de la palabra servidumbre, como expondremos en la crítica de dicho derecho real. ¿Se quiere mantener este concepto? Entonces deberán sufrirse las consecuencias. ¿Es servidumbre un servicio que proporciona un fundo? Pues será real cuando se establezca en relación á la

idea de un fundo, y personal cuando á favor de una persona, sin relación directa y mediata con un predio.

***

Dijimos ya que la cuestión de la existencia de las servidumbres personales tiene valor, no meramente teórico, sino práctico. El Código español, después de decir en su art. 530 que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño», expresa en el 531 que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada».

La primera pregunta que ocurre formular es ésta: ¿De dónde proviene la disposición del artículo? Su origen no es nacional: el Derecho español derogado no contenía precepto análogo. La ley de Partidas *(20, tit. XXXI, Partida 3.ª)* hablaba, sí, de «la servidumbre que ha un ome en casa o heredad de otro, por *pro de su persona*», pero lo hacía con referencia expresa al uso y al usufructo.

Veamos la legislación extranjera.

Sabido que el Código francés es el hijo legislativo legítimo de la Revolución francesa: fué concebido bajo su espíritu de odio al feudalismo, en cuanto éste implicaba un régimen de restricción de la personalidad humana. Nada de servidumbres personales, cuya sola idea debía causar horror á sus autores, y guiados por tal criterio, incluyeron el usufructo, el uso y la habitación en título distinto del de servidumbre, y en éste consignaron el artículo 686 declarando que «es lícito á los propietarios establecer sobre sus fincas, ó en favor de ellas, las servidumbres que les parezca con tal que el gravamen no se imponga á la persona ni *en favor de ella,* sino solamente en una finca con relación á otra, y con tal de que estas cargas no contengan nada contra el orden público».

Inspirándose, sin duda, en el francés, la mayoría de los Códi- europeos y americanos tratan separadamente del usufructo, y habitación y de las servidumbres, y en éstas no mencio- á las dichas personales. Excepción de la regla general es el igo austriaco: dice en su art. 473 que si el derecho de servi-

dumbre estuviese unido á la posesión de un predio para el beneficio ó mejor uso del mismo, la servidumbre será predial y en otro caso personal; en el 478 expresa que las personales consisten en el uso, en el usufructo de una cosa ó en su habitación, pero añade en el 479 que las servidumbres prediales pueden ser concedidas solamente á la persona. El proyecto de Código civil alemán, desviándose también del espíritu legislativo de la época moderna, vuelve á incluir entre las servidumbres el usufructo y habla de servidumbres personales restringidas, manifestando en el art. 1.044 que un inmueble puede ser gravado en provecho de una persona determinada, con un derecho consistente en la obtención de ciertas utilidades del inmueble y en ejercer otras facultades propias de las servidumbres prediales.

El distinguido catedrático Sr. Azcárate, al hablar de las servidumbres en el tomo III de su obra *Historia de la Propiedad*, cita el art. 688 del Código de Zurich, el cual, después de exponer el concepto de la servidumbre, añade que por excepción puede existir también la servidumbre predial en favor de una comunidad ó de una sola persona.

Esta disposición parece ya precedente más directo del art. 531, y acaso le hayan tenido en cuenta los autores del Código español; tampoco es difícil que se hayan inspirado en los trabajos preparatorios del Código italiano. Germano manifiesta que la comisión del Senado italiano no creyó conveniente reproducir en el Código la frase condenada de servidumbres personales; pero opinó que á continuación del art. 616, facultando á los propietarios para establecer sobre sus propiedades, ó en favor de las mismas, cualquier servidumbre, siempre que se impusiere sobre un predio en beneficio de otro, debían añadirse dos artículos, á saber: «I. Se puede también estipular que una persona, independientemente de los bienes que posea, y aun no poseyendo ninguno, tenga para su utilidad un derecho sobre otro fundo; pero este derecho no podrá nunca extenderse más allá de la vida de los primeros otorgantes, ni establecerse en favor de sus sucesores. II. Se puede también establecer el derecho de paso, no el de sacar ó permitir correr el agua en un fundo á favor de un Municipio, villa ó arrabal.»

Esta adición no fué aceptada, y Germano dice, con referencia á la legislación italiana, que hoy no está prohibido establecer

sobre los fundos derechos á favor de las personas, si bien—añade—no tendrán el carácter de derecho real, sino simplemente derecho de obligaciones.

Cualquiera que sea la genealogía del art. 531, éste vive en el Código no en muy buena armonía con su colindante el 530. Si servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble, como dice el 530, no parece que pueda ser servidumbre un gravamen sobre un inmueble á favor de una persona. Si un concepto es servidumbre, no lo es el otro; si la servidumbre requiere dos fundos, el dominante y el sirviente, como se desprende del pár. 2.º del art. 530, no se concibe una servidumbre con un solo predio, y si se pretendía comprender ambos conceptos, debió no haberse sentado un concepto de la servidumbre y á seguida otro contrario, sino haberlos refundido diciendo que es servidumbre un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño ó en favor de una persona.

Con relación ya al artículo, manifestaremos que su letra no es todo lo aceptable que fuera de desear. ¿Qué ha querido expresar el Código al decir que pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada? Las palabras concernientes á la constitución de servidumbre á favor de una persona individual ó colectiva se comprenden perfectamente; pero, ¿qué trata de expresar con estas otras: «*á quienes no pertenezca la finca gravada?*» Es principio rudimentario jurídico el de que la servidumbre no puede constituirse sobre cosa propia; el dueño se sirve de su cosa por derecho de propiedad, no por servidumbre; ésta se concibe únicamente sobre cosa ajena; luego es claro y evidente que para que un derecho concedido á una persona sea servidumbre, en el sentido de derecho sobre una cosa, se necesita que no pertenezca á aquélla la finca gravada. Si le pertenece no hay servidumbre, hay propiedad, conceptos antagónicos. Constituyen, pues, tales palabras una redundancia, porque el concepto de servidumbre envelve fatalmente la idea de que la persona en cuyo favor se cede el gravamen, ya por sí, ya como poseedor del fundo dominante, no sea dueño de la finca gravada. Tales palabras están de más y perjudican notablemente la comprensión de la doctrina ó precepto legal.

Abandonemos la letra del artículo y penetremos en su espíritu. ¿A qué servidumbres se refiere? ¿Qué clases de ellas quiere comprender? ¿Cuál es su objeto?

Un comentarista del Código español, el Sr. Bonel, al exponer el concepto de la servidumbre, manifiesta (copiamos literalmente sus palabras) que la inserción del art. 531 «no significa que el Código siga la doctrina romana, estableciendo servidumbres personales que todos rechazamos, sino que, como la finca dominante puede ser uno de los muchos bienes de comunidad ó que tenga varios condueños, que puede estar su propiedad en el dominio directo que se reserva el propietario y en el dominio útil que cede al usufructuario, la finca gravada tiene que servir lo mismo á uno que á todos los comuneros, lo mismo al propietario que al usufructuario del predio dominante. Es en ese concepto—añade—bajo el que entendemos el precepto legal al determinar que *pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas á quienes no pertenezca la finca gravada*. De no ser así—continúa el comentarista español citado.—de ser otro el sentido del precepto de nuestro Código á que nos referimos, resultaría la mayor de las contradicciones entre tal prescripción y el elemento constitutivo, ó condición esencialísima, *sine qua non*, que el mismo Código establece como base de toda servidumbre: la existencia del predio dominante y del predio sirviente».

É insistiendo en este particular en el comentario del art. 531, declara que «hay que entenderlo en el sentido de que puede constituirse la servidumbre por razón de un predio dominante, lo mismo cuando pertenece en plena propiedad á una sola persona, que cuando á una en dominio directo y á otra en útil, ó á varios condueños, pero siempre en razón del predio dominante y de los servicios que al mismo le son indispensables».

La opinión del Sr. Bonel parécenos que se aparta de la verdad y se encamina al error. Siempre que la servidumbre se constituya en consideración directa á un fundo será aplicable el art. 530, no el 531; la servidumbre será real, como dicen los autores, no personal. Ésta es precisamente la línea divisoria entre unas y otras, el único y exclusivo elemento para la división de las servidumbres en reales y personales. Si hay predio dominante, la servidumbre cae bajo el precepto del art. 530, sean uno ó varios sus dueños, esté ó no desmembrado su dominio. ¿Qué afecta esto

á la naturaleza de la servidumbre? Si el precepto del art. 531 se encuentra establecido *en razón del predio dominante,* como afirma el Sr. Bonel, ¿para qué está el del 530? Sobrará uno de los dos. Lo que determina la existencia de la servidumbre en sentido estricto, la real, es la de dos predios, uno dominante y otro sirviente; la entidad, predio dominante, con independencia del número de dueños ó de poseedores de éste.

El criterio del Sr. Bonel envuelve una sensible equivocación. El objeto del art. 531 es declarar que, además de las servidumbres sobre un fundo en beneficio de otro (reales), pueden constituirse también en favor de una persona, sin consideración á predio alguno (personales). Si no, repetimos, sería completamente inútil el artículo.

Refiérese, pues, su disposición á los derechos que puedan establecerse sobre un fundo en favor de una persona individual ó colectiva sin relación con un predio determinado, ó con relación secundaria é indirecta. Alude, en nuestro entender, á las llamadas impropiamente servidumbres de aguas, casa, leñas y pastos; á la de paso para ganados, á la novísima de teléfonos, á ciertas de las de utilidad pública (navegación, flotación, pesca, salvamento, sirga, saca de agua y de abrevaderos en favor de los habitantes de alguna población, y otra semejante); y, en general, á cualquier derecho de un uso determinado, ó privación de un uso en pro de una ó varias personas, independientemente de la idea de un fundo.

De algunas de las mencionadas (navegación, etc., sirga, saca de agua y abrevadero en favor de una población ó caserío), ya hemos demostrado que, con sujeción al rigorismo científico, cabría mejor reputarlas como reales, por cuanto, si bien se encuentran establecidas en beneficio de las personas (las concernientes á las riberas de los ríos), tienen por fin el mejor goce (beneficio) de las corrientes fluviales, y otras (saca de agua ó abrevaderos) disfrutan de ellas las personas en calidad de habitantes de un fundo determinado (población ó caserío). Lo mismo debe decir de la de teléfonos, en atención á que la estación central constituye en realidad un predio dominante, y sin duda alguna, puede afirmarse así en el caso de un teléfono particular (por ejemplo: entre una fábrica sita en el arrabal de una población y domicilio social situado en la población); pero en el te-

rreno del derecho positivo, de la vida legal, surgiría el fantasma de la duda, y la balanza judicial se inclinaría acaso al concepto de servidumbre personal, por hallarse algo alejado de la persona el concepto del fundo, por no ser la relación entre una y otro próxima y directa, por no ir unidos ambos elementos (subjetivo y objetivo) por el lazo del dominio.

A muchas de estas servidumbres se dirige el artículo al emplear la palabra *comunidad*, á la de personas, no á la de bienes. Pruébalo literalmente el Código (artículos 600, 601 y 602) al hablar de la comunidad de pastos (derecho común á varias personas sin relación á fundo dominante), consideración extensiva á la de leñas, aguas (comunidad de regantes), y es asimismo cierto respecto de la de paso de ganados (asociación ó comunidad de ganaderos) y de la de saca de agua y abrevaderos en favor de una población ó caserío (Municipio ó comunidad de personas habitantes de un determinado territorio), y de teléfonos (en favor de una Sociedad).

Nos ratificamos, por tanto, en el criterio expuesto: el art. 531 concierne á los derechos que pueden establecerse sobre un fundo en favor de una ó varias personas individuales ó colectivas sin referencia á un predio, en oposición al 530 que habla de las que se establezcan en beneficio de un fundo. Existe, por tanto, la equivocación presentida por el Sr. Bonel, gracias á la conducta del Código, mejor dicho, de sus autores, quienes después de sentar el concepto de la servidumbre, acogen otro que lo contradice.

***

Crítica del concepto legal de servidumbre.—Es la materia de servidumbres uno de los baluartes más formidables del tradicionalismo jurídico; el Derecho Romano puro, casi intangible, es el que encarna los Códigos modernos; por esto, es de perfecta aplicación la significativa frase, vulgar por lo usada, «de la necesidad de romper los antiguos moldes del Derecho».

Sí, hay que abandonar el campo de la tradición, sin olvidar su preciado recuerdo, para establecerse en el del realismo jurídico.

Si se abre cualquiera de los Códigos vigentes en los varios países (salvo rarísima excepción), se leerá en ellos, como con-

cepto de la servidumbre, el de nuestro Código: un peso, una carga, un gravamen sobre un fundo en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño. Este concepto proporciona ya la primera dificultad: excluye de su seno ciertos derechos que, no teniendo domicilio fijo, se cobijan caprichosamente bajo el amplio concepto de las servidumbres personales.

Mas no es esta la cuestión; haya ó no servidumbres reales y personales, ¿la idea de gravamen basta para caracterizar la servidumbre? ¿Es dable saber lo que es servidumbre por la mera afirmación de que es un gravamen? En modo alguno; valdría tanto como decir que la propiedad es el derecho que tiene una persona sobre una cosa, ó que obligación es el derecho á favor de una persona con relación á otra. Ninguno de estos conceptos peca de inexactitud, mas sí de absoluta deficiencia.

Fuerza es confesar que la servidumbre es un gravamen, y así lo hemos reconocido nosotros; pero como el gravamen es un concepto generalísimo, hay que determinar en qué consiste, cuál es su sentido. Aquí se halla la clave de la cuestión. Lo que distinga á la servidumbre de otros derechos, lo que determine que sea servidumbre y no otro derecho, es su contenido, su substancia jurídica. ¿Cuál es ésta? Lo dice en términos claros, aunque no científicos, el art. 533 de nuestro Código, al consignar la división de las servidumbres en positivas y negativas: se llama positiva la que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohibe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

De conformidad con el criterio histórico acerca de la servidumbre, es ésta el derecho de hacer algo en cosa ajena (positiva), ó el derecho de prohibir al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre (negativa).

Esto es cierto, ciertísimo; pero ¿qué significan estas palabras «hacer algo» ó «impedir que otro haga algo»? ¿En qué consiste este hacer algo ó prohibir que se haga algo? Germano contesta con acierto en parte á estas preguntas al desarrollar su opinión acerca del concepto de servidumbres.

Dice que el elemento sobre el cual se fundan los derechos reales es el *uso* de la cosa, y cuantos puedan ser los varios usos de la cosa, otras tantas serán las servidumbres. Pero—añade—no

todos los usos de un fundo están vinculados en estos derechos, sino *uno* de ellos *solamente* en cada servidumbre. La servidumbre, pues, consiste para Germano en *un solo uso de la cosa;* ésta es su nota específica.

Adivínase en seguida una objeción á esta doctrina que presenta el mismo Germano, y que le ha sido hecha por un profesor italiano *(Ioschini: La servitu per diritto romano in confronto del Codice civile italiano)*, á saber: si el uso, distintivo de la servidumbre, se encuentra en la servidumbre afirmativa ó positiva, no puede hallarse en la negativa, porque consistiendo ésta en el *no hacer*, como la servidumbre *altius non tollendi*, se ignora qué uso puede hacer el propietario del fundo dominante.

Germano contesta con ingenio y profundidad que demuestran su talento é indiscutible conocimiento de la materia, á tal objeción. Ésta—expresa, tendría gran valor cuando la servidumbre debiera absolutamente consistir en el *uso material* que el propietario del fundo dominante debiere hacer en el sirviente; pero aquélla consiste á veces en la limitación de uno de los usos del fundo, y la limitación puede tenerse sin usar materialmente de la cosa misma, con la simple inacción del poder dominical correspondiente al uso, del cual no puede valerse el propietario del fundo sirviente.

Alegando más razones en pro de su tesis, manifiesta Germano que es principio capital que á cada uno de los elementos del objeto de la propiedad corresponde el poder del sujeto, y en la servidumbre negativa constituye éste el poder absoluto del propietario del fundo dominante sobre el uso, y como este poder absoluto comprende también el de no usar de la cosa para un determinado fin, infiérese de aquí que el poder sobre el uso se ejercita siempre aun cuando no se manifieste con una acción material, especialmente en la servidumbre negativa, en la cual la falta de esta acción material determina la utilidad, y el ejercicio produciría el daño.

Para convencer de su opinión presenta el distinguido abogado italiano el ejemplo de la servidumbre de no levantar (*altius non tollendi*) y expone los siguientes razonamientos: «Si el propietario de un edificio edifica, se sirve de este uso (el de fabricar); pues bien, de igual modo—expresa Germano—si no quiere edificar, se sirve de la misma facultad, porque una cosa en tanto es

potestativa en cuanto no implica obligación. Por tanto, si el propietario, por convención ú otra causa pierde este uso de levantar más alto y la facultad correspondiente, tiene derecho á ejercitar todos los usos de la cosa, excepto aquél. Al contrario—continúa—el que adquiere este uso, perdido por el propietario del fundo sirviente, adquiere la facultad correspondiente y pasa á él el derecho de levantar más alto, y esto es tan cierto—dice—que lo puede siempre ceder, y autorizar al propietario del fundo sirviente á edificar. Lo que sucede es que este uso puede explicarse respecto del fundo sirviente, positivamente, fabricando, ó negativamente, no fabricando, y con relación al dominante, sólo negativamente, porque si fabricase impediría los otros usos de la cosa: de aquí el nombre de servidumbre negativa.»

Confesamos que no es posible defensa mejor de una opinión que la que hace Germano de la suya; pero no nos convence por conceptuarla equivocada. Obedece la equivocación á la circunstancia de incurrir en el mismo error que combate con energía y habilidad. Después de afirmar en varios lugares de su obra que no es dable ofrecer con exactitud un concepto común á todos los derechos llamados servidumbres y de pedir la supresión de esta palabra, pretende exponer ese concepto común. Y prueba su equivocación el que, encaminando, como se ha visto, todos sus esfuerzos á demostrar que las servidumbres consisten en el uso determinado de la cosa, dice que el distintivo, la característica de la servidumbre es «la limitación de la propiedad de un fundo en *un uso*», y la define «derecho real en virtud del cual un tercero puede pretender que la propiedad de un fundo ajeno quede limitada en algún uso en beneficio de otro fundo á él perteneciente».

Nos separamos de Germano en este punto. Hay servidumbres positivas que consisten en el uso de un fundo, preciosa y exactísima afirmación; pero hay otras que consisten, no en el uso de un fundo, sino en la prohibición de un uso de él. En el primer caso, el contenido del derecho es un uso determinado de un fundo por una persona que no es dueña de él; en el segundo, el contenido es la prohibición al dueño del predio sirviente de un uso de un fundo; en un caso, una persona usa materialmente de la substancia de una cosa; en el otro, una persona prohibe á otra el usar específicamente del fundo; en unas servidumbres, el derecho recae sobre el elemento objetivo de la propiedad (la cosa, su substancia)

en cuanto que el derecho consiste en la facultad de ejercer un uso de la cosa; en otras, el derecho se dirige al elemento subjetivo de la propiedad (persona) en cuanto que el derecho consiste en la facultad de impedir al sujeto de la relación jurídica de la propiedad ejercitar un uso de su cosa que podría verificar sin tal derecho á favor de otra persona; en unas, el dueño de la cosa puede ejercitar todos los usos que ésta proporcione, con la sola obligación de permitir el uso del extraño; en otras, se ve impedido de un uso determinado. Ahora bien: si los derechos deben ser calificados por su contenido, según defiende el mismo Germano, no es posible considerar iguales, reputar hermanos, los que tienen aquél distinto en absoluto. Y no cabe alegar que el de ambos es el uso, como pretende hacerlo dicho autor, porque el uso es por su esencia positivo, consiste en el hacer, indica movimiento, no es negativo, es incompatible con el no hacer, no se comprende un uso en reposo; y, dígase lo que se quiera, en las llamadas servidumbres negativas no se usa del predio sirviente.

Viene á agravar la cuestión, la admisión por el Código español de una tercera categoría de servidumbres: las que imponen la obligación de hacer algo por sí mismo al dueño del predio sirviente. La idea de la servidumbre, como consistente en obligar al dueño del predio á dejar hacer algo á otra persona, ó á prohibirle hacer algo, era la tradicional: el Código admite una clase nueva contra tal idea.

Cualesquiera que sean los derechos á que la ley civil española se refiera con dichas palabras (obligación de demoler toda construcción ruinosa, obligación de reparar la fachada, etc.), es lo cierto que se trata de derechos cuyo contenido es distinto de los demás á que se da la denominación de servidumbre.

Ahora bien: ¿por qué denominar de igual manera á derechos distintos? ¿Por qué han de ser forzosamente servidumbres derechos cuyo contenido es diferente? ¿Por qué empeñarse en sostener un nombre que es precisamente causa de la confusión? De aquí arranca el mal, y prueba ofrece de ello Germano, quien, después de afirmar que la servidumbre consiste en un uso determinado de la cosa ajena, y esforzarse en demostrar que hay uso en la servidumbre negativa, define la servidumbre negativamente considerándola como limitación en un uso de la propiedad, sólo por el afan de abrazar en un solo concepto los dos opuestos que

suponen las servidumbres llamadas respectivamente positivas y negativas.

No: hay que separarse de la antigua corriente; hay que despojarse del hábito de la rutina, y vivir, como hemos dicho, en el terreno de la realidad jurídica. ¿Existen derechos cuyo contenido es *un uso determinado* de la cosa ajena (servidumbres positivas consistentes en hacer algo)? Pues llamarlos así, incluyéndolos dentro del derecho de uso, en sentido amplio (goce de la substancia de la cosa), no en el que lo emplean los Códigos, que es un usufructo parcial. A este efecto cabría distinguir entre el uso público (paso por sitios públicos, luces, vistas y vertiente de tejados sobre ellos, paso por las riberas públicas ó sea sirga, salvamento, etc.), y el privado, y dentro de éste el genérico, uso propiamente tal (concesión á una población ó á un particular del uso de un terreno para pasear, construir, etc., goce de una cosa mueble), y el específico, ó sea un uso determinado (pasar, vertiente de aguas, apoyar el estribo de presa, etc.).

Hay otros derechos á los que se aplica también la calificación de servidumbres, aquellos en virtud de los cuales se prohibe al dueño de un predio hacer algo que le sería lícito sin la existencia de la relación jurídica, que restringe el dominio de aquél (servidumbre negativa). Su contenido es la prohibición de un uso determinado de la substancia de la cosa ajena; pues la lógica indica que deben agruparse con los derechos restrictivos de las facultades del dueño, formar con ellos una agrupación jurídica, denominada *Derechos restrictivos de lá facultad de libre disposición*, y aun dentro de ella distinguir, si á ello hubiere lugar, entre los que limitan la facultad sobre el uso y los que conciernen á otra facultad.

Por último, si siguiendo el criterio del Código español, se acepta otra serie de derechos, los que consisten en obligar al dueño de un predio á ejecutar algo en él; siendo su contenido diverso de los anteriores, justo es llevarlos á su lugar correspondiente. ¿Son *obligaciones del dueño de una cosa* con relación á ésta? Pues denominarlas así; de igual manera que se habla de las facultades del propietario, cabe hacerlo de las obligaciones.

Reconocemos que nuestro criterio es radical. Supone y exige una transformación completa del plan de todas las legislaciones positivas y de la terminología jurídica; pero es lo único que puede curar el mal, porque se dirige al origen de éste, á la raíz. Aquél

deriva del concepto y del nombre de servidumbre: la lógica indica como remedio la proscripción de éstos.

Con esta medida, las cuestiones de servidumbres reales y personales, de positivas y negativas, perderían toda su importancia, mejor dicho, desaparecerían sin que de ello tuvieran que lamentarse ni la ciencia ni la ley.

ART. 532. Las servidumbres pueden ser continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes.

Continuas son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Concordancias.—Igual á los artículos 478 y 479 del proyecto de Código de 1851 y al 534 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 15.*—De tal natura seyendo la servidumbre que fiziesse seruicio a otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe, assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciesse en campo de alguno, o otra semejante della, si el vezino se sirue desta agua regando su heredad diez años estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo o veynte seyendo fuera della: e esto fiziesse a buena fe cuydando que auia derecho de lo fazer, e non por fuerça nin por ruego que ouiesse fecho al dueño de la fuente o del campo por do passaua, ganaria por este tiempo tal servidumbre.

Esto mismo seria si alguno ouiesse viga metida en pared de

su vezino, o abriesse finiestra en ella por do entrasse lumbre a sus casas, o le contrallasse que non alçasse su casa porque non le tollesse la lumbre, o si touiesse las alas de sus casas sobre el techo de su vezino: de manera que cayesse y el agua de la lluvia, ca en qualquier destas seruidumbres, o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres de que se ayudan los omes para aprouechar e labrar sus heredades, e sus edificios, que non vsan dellas cada dia: mas á las vezes, e con fecho, assi como senda, o carrera, o via que ouiesse en heredad de su vezino: o en agua que viniesse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia, tales seruidumbres como estas e las otras semejantes dellas non se podrian ganar por tiempo sobredicho, ante dezimos, que quien las quisiere auer por esta razon ha menester que aya vsado dellas, ellos o aquellos de quien las ouieron tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron á vsar.

ART. 533. Las servidumbres son además positivas ó negativas.

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohibe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Concordancias.—Igual al art. 535 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 531 Y 532.—El Código español establece en estos dos artículos la división de las servidumbres en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas. Estudiaremos cada una de ellas.

Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del nombre, y discontinuas «las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre», dice el art. 532 en sus párrafos 2.° y 3.° Continuidad con relación á las servidumbres es, pues, el uso constante de una de ellas independientemente de la voluntad del hombre, y discontinuidad el uso inconstante ó dependiente de actos del hombre.

Despréndese de lo expuesto que la cualidad de la continuidad ó discontinuidad de las servidumbres de que se ocupan los artículos que comentamos, refiérese al *ejercicio* de la servidumbre, no al *derecho* en sí, distinción fundamental que conviene señalar.

En puridad, toda servidumbre es continua en cuanto al derecho en el sentido de que el gravamen es permanente. Ejemplo: la servidumbre de paso. Grava continuamente al fundo sirviente, porque el poseedor del dominante puede pasar en todo momento por aquél, y lo revela la existencia permanente de la vía. Mientras existe una servidumbre, el derecho es continuo porque hay la posibilidad de ejercerlo, gravitando sobre la prestación real que envuelve.

El derecho no sufre interrupción sin que se altere la existencia de la servidumbre misma: en cambio, la diversidad en el ejercicio de la servidumbre no afecta á la esencia de ésta. En las llamadas servidumbres continuas (luces, vista, no levantar) lo mismo que en las discontinuas (paso, desagüe), el que goza de ellas tiene la facultad de ejercer el derecho en que consiste la servidumbre. El derecho es, repetimos, en unas y otras constante, en una palabra, continuo; la diferencia está en que las primeras se ejercen permanentemente, sin interrupción, y en las segundas á intervalos, en instantes determinados, por la razón que expondremos después. La modalidad de las servidumbres continuas y discontinuas se refiere, por tanto, exclusivamente al ejercicio de la servidumbre.

Pensando acerca de este punto, particularmente con relación á la servidumbre de paso, tuvimos la intuición de la diferencia entre la continuidad del derecho de servidumbre y la del ejercicio de ésta, y la vimos confirmada en la notabilísima obra de Germano.

Clasifica éste científicamente las servidumbres con relación

á tres elementos: derecho, forma y ejercicio. Comprende en el primer término á las afirmativas y negativas y las continuas ó discontinuas respecto del derecho: en el segundo á las aparentes y no aparentes: y en el último á las continuas y discontinuas. Y distinguiendo las continuas y discontinuas en cuanto al derecho de las continuas y discontinuas en cuanto al ejercicio, dice que es continua respecto al derecho la servidumbre que se ejercita ó puede ejercitarse siempre, en todo momento, y discontinua la que se ejercita á intervalos, como un día sí y otro no: servidumbre continua respecto al ejercicio—expresa—es aquella cuyo uso proviene de una causa natural sin necesidad de obra del hombre, como la servidumbre de acueducto, en la que, establecida la pendiente necesaria, corre el agua sin que sea preciso que la mano del hombre la guíe á través del acueducto; por el contrario, es discontinua la servidumbre cuando el ejercicio no depende de causa natural, sino de acto del hombre, como en la de paso.

Prosiguiendo en el desarrollo de esta misma idea, manifiesta Germano que la servidumbre es continua tocante al derecho, cuando puede usarse sin interrupción, y viceversa, es continua respecto al ejercicio cuando puede usarse sin que sea necesario *un hecho actual del hombre*. Así—dice—una servidumbre de presa de agua, que es siempre continua en cuanto al ejercicio (con arreglo al art. 619 del Código italiano), puede ser discontinua en cuanto al derecho si debe ejercitarse por turno de horas ó de días. Por el contrario la servidumbre de paso, que es continua, ó puede serlo, en cuanto al derecho, cuando se puede pasar siempre que se quiera, es discontinua en cuanto al ejercicio, porque se necesita un hecho actual del hombre.

E insistiendo en el mismo particular, añade que en materia de continuidad del ejercicio precisa dirigir la inteligencia, no á la continuidad del derecho, sino á la posibilidad del ejercicio sin un acto del hombre. Si para ejercitar la servidumbre es necesario el acto del hombre, entonces el ejercicio no es continuo; del mismo modo (dice Germano presentando un ejemplo) que no llamamos continua á la fuerza de una máquina que necesita incesantemente agua y combustible para desenvolver el vapor que produce la fuerza misma. El hecho del hombre es por sí discontinuo, y si para ejercitarse una servidumbre necesita este hecho, ocurre desde luego decir que su ejercicio es discontinuo,

porque no puede absolutamente ser continuo el ejercicio de la servidumbre mientras es discontinuo el acto que la da vida. Pero cuando el ejercicio tiene lugar sin acto del hombre, en virtud de una ley física, aquél es siempre continuo, porque continuas son indudablemente las leyes materiales.

Tal es la original doctrina sostenida por Germano respecto de la continuidad y discontinuidad de las servidumbres, y que merece ser estudiada con detenimiento.

Cierto que cabe distinguir en la servidumbre entre el derecho en sí y su ejercicio, distinción por la que merece alabanzas el tratadista italiano de que venimos hablando; pero no nos parece igualmente exacta la división de las servidumbres en continuas y discontinuas, según el derecho y según el ejercicio. Nosotros entendemos que las servidumbres son continuas en cuanto al derecho, y que la continuidad ó discontinuidad, como elementos diferenciales y opuestos, afecta exclusivamente al ejercicio de ese derecho.

La servidumbre es siempre continua en cuanto es un derecho que existe constantemente á favor del predio dominante mientras dura aquélla; lo que varía, lo que se altera es el ejercicio de ese derecho. Lo que determina la continuidad y discontinuidad de la servidumbre es su ejercicio, y en esto habla con gran propiedad Germano al decir que cuando el Código italiano (y asimismo, los de otras Naciones) menciona tales conceptos, entiende referirse al ejercicio de la servidumbre.

No negamos que deba y pueda distinguirse entre el derecho de servidumbre y su ejercicio, pero nos afianzamos en el principio de que la clasificación de las servidumbres en continuas y discontinuas atañe al ejercicio del derecho, no á éste. Y el mismo Germano viene á comulgar en nuestra idea cuando, al hablar de la perpetuidad de la causa de las servidumbres, expresa que no debe confundirse con la modalidad de su ejercicio, y razona de esta manera: «Por el mismo derecho de acueducto puede tenerse el agua diaria, ó sólo por el estío. La *diferencia entre una y otra no está en el derecho ó causa del derecho, sino en el simple ejercicio.*

«*Duo autem sunt genera aquarum; est quotidiana, est et aestiva. Quotidiana ab aestiva usu difer, non jure.*»

La línea divisoria entre las servidumbres continuas y las discontinuas es, según la ley y según Germano, la intervención del

hombre en su ejercicio. Si esta intervención es indispensable, si el ejercicio depende de actos del hombre, la servidumbre es discontinua; si no es necesaria, es continua. ¿Por qué tal distinción?

Contesta á esta pregunta Germano manifestando que los actos del hombre son por sí mismo discontinuos, y si el ejercicio de la servidumbre necesita tales actos, es forzosamente discontinua. Al contrario: si el ejercicio se verifica sin actos del hombre, en virtud de una ley física, aquél es continuo porque continua es también esta última.

Pacifici-Mazzoni abunda en igual criterio. La razón de la división de las servidumbres en continuas y discontinuas es—dice—que el ejercicio de la servidumbre que consiste en un hecho actual del hombre, es necesariamente discontinuo por su naturaleza; tal acto es esencialmente transitorio, aunque pueda incesantemente repetirse; el paso del propietario del fundo dominante por el sirviente; la saca de agua de pozo y fuente ajenos; la conducción de ganado para abrevar ó pastar en el predio sirviente y otros actos semejantes, son todos transitorios, discontinuos, é imposible, por tanto, que sean continuos; el hombre no pasa ni puede pasar continuamente, y sí sólo con interrupción, por el predio sirviente.

Laurent habla también en términos idénticos á los dos autores citados. Para él la característica de las servidumbres discontinuas está asimismo en que exigen para su ejercicio un hecho actual del hombre. Todas—dice—lo necesitan para su establecimiento, pero sólo algunas para su ejercicio, y éstas son las discontinuas.

Imposible desconocer la discontinuidad de los actos del hombre, y por tanto, la verdad de las razones expuestas por los autores mencionados. El hombre no puede ejecutar continuamente actos de cualquier naturaleza que sean, y de aquí que el derecho de servidumbre con relación á su ejercicio por el hombre sea forzosamente discontinuo.

En oposición á la discontinuidad de los actos del hombre, Germano habla de la continuidad de la ley física, característica de las servidumbres continuas.

Las leyes físicas son, en efecto, invariables y constantes, pero ¿lo es también su ejercicio natural en las servidumbres lla-

madas continuas, porque no depende su ejercicio de actos del hombre? Este ejercicio ¿es en todos de igual índole? No; existen diferencias entre unas y otras. La de medianería se diferencia de la de vertiente de tejados; en aquélla una pared carga constante y continuamente sobre la otra, en tanto que la de vertiente del agua se verifica sólo cuando llueve. Igual diversidad se observa entre la de acueducto y la natural del predio superior sobre el inferior: en la primera el agua corre continuamente; en la segunda, puede ó no correr constantemente, según la naturaleza continua ó discontinua de la corriente. Hay, pues, una continuidad y discontinuidad natural diversa de la jurídica, que afecta á las servidumbres llamadas continuas. Unas lo son física y jurídicamente, aquellas que lo son físicamente; otras lo son sólo jurídicamente, ó sea por la necesidad de actos humanos.

Esta distinción de la continuidad física y de la jurídica, es puramente especulativa y teórica. Apartándonos de este aspecto crítico y científico de la cuestión, queda reducida en el derecho positivo á límites precisos, fijados por nuestro Código, abundando en la doctrina de los de otras Naciones, en el art. 532, referente á la continuidad ó discontinuidad jurídica.

Para los efectos legales, las servidumbres continuas y las discontinuas se caracterizan respectivamente por la necesidad ó no necesidad para su uso de actos del hombre. Obedece esto al motivo de que tal clasificación se establece principalmente atendiendo á los modos adquisitivos de las servidumbres, á la posibilidad de ser adquiridas algunas servidumbres por prescripción. La posesión considerada como elemento prescriptivo ha de reunir, entre otras cualidades, la de no interrumpida, y claro es que para decidir qué servidumbres son susceptibles de adquisición por prescripción, hay que determinar antes cuáles son las continuas y cuáles las discontinuas, correspondiendo ahora resolver esta cuestión previa.

La resolución no es difícil: la clave, como hemos dicho, está en determinar si el ejercicio de la servidumbre depende ó no de actos del hombre. Con arreglo á este criterio son servidumbres continuas: la de los predios superiores sobre los inferiores para recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de aquéllos sobre éstos; estribo de presa, acueducto, aun sin la declaración expresa del art. 561; medianería, luces y

vistas; desagüe de los edificios, y, en general, la de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Son discontinuas las de paso, saca de agua y abrevadero.

El elemento esencial de la continuidad es, como hemos dicho, los actos del hombre; tal es el lindero de las servidumbres continuas y de las discontinuas. Sea cualquiera la naturaleza de éstas, la mayoría exigen la obra del hombre para su vida legal. De aquí parece deducirse que todas son de igual clase; pero no hay que olvidar en qué concepto se requiere el acto humano.

Al hablar de éste, queremos decir que el ejercicio de la servidumbre ha de consistir en actos realizados por el hombre, no que para el ejercicio de la servidumbre sea necesaria la ejecución de obras. De aquí que el Código italiano y otros hablen de hecho actual del hombre, palabras cuyo valor explican con gran acierto Germano y Pacifici Mazzoni.

En general—expresa el primero—para dar vida á toda servidumbre y ponerla en situación de poderse ejercitar, interviene siempre el hecho del hombre, pero esto no es en todo caso necesario para el ejercicio, sino sólo para colocar la cosa en estado de ser posible el ejercicio mismo. Así—continúa—es necesario que el acueducto sea construído por el hombre, pero una vez construído, no necesita actos de éste para su ejercicio, porque el agua corre por ley física, independiente de todo acto humano. Por el contrario, en la servidumbre de saca de agua es necesario el hecho del hombre; no basta hacer la fuente; si no concurre el acto humano, la servidumbre no se ejercita. La ley, pues, al decir que el hecho del hombre debe ser actual, quiere significar que debe ser contemporáneo con el ejercicio de la servidumbre, y si esta actualidad, esta concurrencia, falta, la servidumbre no puede ejercitarse.

Por hecho actual se entiende—dice Pacifici-Mazzoni—un hecho que por sí mismo constituya el ejercicio de la servidumbre, añadiendo que una servidumbre no deja de ser continua por ser necesario el hecho del hombre para colocar al fundo sirviente ó al dominante en estado de prestar y recibir respectivamente el servicio en que consista aquélla, porque con tal acto el hombre no ejercita la servidumbre, sino que practica las obras necesarias para que pueda ejercitarse por sí misma.

Esta necesidad del hecho actual del hombre, como caracterís-

De lo expuesto referente á las servidumbres continuas y discontinuas resultan las siguientes conclusiones:

1.ª La continuidad ó discontinuidad puede ser física, ó sea derivada de la naturaleza, y jurídica, ó dependiente de los actos humanos.

2.ª El Código, al hablar de la continuidad ó discontinuidad, se refiere á la jurídica.

3.ª Son servidumbres continuas, con arreglo á la ley, aquellas cuyo ejercicio no requiere acto alguno del hombre; y discontinuas aquellas cuyo ejercicio consiste precisamente en actos del hombre.

4.ª La continuidad y discontinuidad se encuentra establecida principalmente con relación á la adquisición y pérdida de las servidumbres.

5.ª Es consecuencia de la conclusión anterior la de que la continuidad ó discontinuidad atañe preferentemente á las servidumbres voluntarias en cuanto á su adquisición.

6.ª En las servidumbres legales de interés público y comunal, hay que presumir su ejercicio constante y permanente, y por tanto, continuo.

***

El Código español clasifica también las servidumbres en aparentes y no aparentes, clasificación fundada, según Germano, sobre la forma de la servidumbre, que es—conforme á la elegante definición de este notable tratadista—la vestidura con que se reviste el derecho al presentarse en el mundo jurídico.

Son servidumbres aparentes, con sujeción á la ley española, «las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan su uso y aprovechamiento»; y no aparentes «las que no presentan indicio exterior de su existencia». El concepto es análogo, en lo fundamental, al que contienen los Códigos de otras Naciones, aunque entre éstos y el patrio exista alguna diferencia que presentaremos en su lugar conveniente.

Del concepto legal expuesto se desprende que son tres los elementos que integran la apariencia, á saber: 1.° Signo exterior y visible. 2.° Continuidad ó permanencia del signo. 3.° Adaptación del signo al aprovechamiento de la servidumbre, es decir,

signo adecuado á la naturaleza de la servidumbre de que se trate.

Signo, según el *Diccionario de la Academia*, equivale á señal, indicio. El legislador español ha empleado, pues, el concepto más amplio. No se ha limitado á consignar el específico de «obras», como hacen los Códigos belga y francés, sino el genérico «signo», es decir, obras, objeto, forma y figura, y, en general, según afirma Germano, toda cosa que sirva para dar á conocer la existencia de la servidumbre. Claro es que las obras son el signo más gráfico y propio de la servidumbre, pero no el único: cabe la existencia de algún otro. El signo es una obra humana, pero su concepto es más amplio que el de obra.

Germano presenta la cuestión de si es necesario uno ó más signos. A nosotros parécenos innecesario tratarla, porque creemos que no cabe duda alguna. La apariencia se determina por la existencia del signo exterior, que revela á su vez la de la servidumbre, luego basta con uno solo. El Código dice que no son aparentes las que no presentan *indicio* alguno exterior: de donde se deduce que es suficiente la existencia de uno, no ya signo, sino indicio, para considerar aparente la servidumbre. El mismo Germano lo reconoce así, diciendo que la ley no se fija en el número, sino en la cualidad, bastando así un solo signo, cualquiera que sea, para mantener la apariencia.

La existencia del signo es el requisito primordial de la apariencia; pero ¿en cuál de los dos fundos debe hallarse aquél, en el dominante ó en el sirviente? La respuesta es ésta: en uno ó en otro, según la servidumbre. La de vistas, la de vertiente de tejados supone el signo en el predio dominante; la de paso, abrevadero ó saca de agua, estribo de presa, parada y partidor, en el sirviente, y algunas de ellas, en ciertas ocasiones, en los dos: así, en la de acueducto y la de desagüe, en las que el signo (acueducto ó cañería) va del predio dominante al sirviente. También sucede igual en la de estribo de presa, puesto que el estribo y la presa, propiamente tales, forman una unidad, una sola cosa existente sobre el predio dominante y el sirviente. El lugar donde esté situado el signo es indiferente; la cuestión es su existencia.

La *exterioridad y visibilidad* del signo son dos cualidades que se integran, que se compenetran. La segunda es un solo efecto

de la primera, pues para ser visible un signo, es menester que sea exterior.

Lo esencial de la apariencia de las servidumbres radica en la exterioridad: si el signo es interno, no existe la apariencia. Esto es indudable, y lo defienden así autores eminentes.

Dice Pacifici-Mazzoni: «La apariencia ó no apariencia de la servidumbre no es cualidad inherente por modo esencial á la servidumbre afirmativa, puesto que depende de las condiciones en que se ejercita. Consiguientemente, la misma servidumbre puede ser aparente ó no. Así la servidumbre de acueducto, ejercitada por canal ú otra obra visible y permanente, es aparente; ejercitada por una cañería (obra no visible) ó por un simple surco (obra no permanente), no es aparente. De igual modo, la servidumbre de tejados, ejercitada por medio de un alero saliente sobre el fundo vecino, es, sin duda, aparente; si, por el contrario, el agua pluvial cae en el fundo mediante conducto abierto en el muro de la casa, será no aparente. Así también, la servidumbre de paso ordinariamente no aparente puede manifestarse por otros signos visibles, puerta, calle empedrada, pasadizo ú otro semejante. En fin, la misma servidumbre de vista ó de *prospectus*, aunque ordinariamente aparente por ser ejercitada casi siempre por ventana ó balcón, puede no ser aparente, cuando lo sea por un lugar dispuesto por el hombre de manera que indique suficientemente su intención de ejercitarla como tal servidumbre.»

En iguales términos se expresa Germano al manifestar que en la apariencia ó no apariencia, en sentido legal, no se debe atender á la existencia ó á la falta de forma de la servidumbre, sino á su visibilidad, pues aunque la forma exista, cuando no es visible, la servidumbre no puede llamarse aparente. Y presentando los mismos ejemplos de la servidumbre de acueducto y de la de vertiente de tejados, expone que si en la primera el conducto es subterráneo, la servidumbre tiene forma, pero no siendo visible, no puede llamarse aparente; é igualmente acontece con la segunda si se ejercita mediante una cañería colocada dentro de la pared, porque en este caso no es visible.

No es dable negar la certeza de los hechos alegados por los civilistas acabados de enumerar. Es exacto que en unos casos las servidumbres de acueducto y vertiente se presentan de un modo aparente, y en otros no hay tal manifestación; pero, sentado

esto, necesario es deducir que no cabe hablar en general de servidumbres aparentes y no aparentes, porque la una ó la otra cualidad no es intrínseca y esencial á todas ellas, y sí sólo de apariencia ó no apariencia, cualidad extrínseca y accidental. Desde el momento en que una misma servidumbre puede ostentar dos cualidades jurídicas diversas, ó por mejor decir, contrarias, éstas no son rigorosamente apropiadas para caracterizarlas, porque no constituyen elementos esenciales.

Más propio, pues, que decir si éstas ó las otras servidumbres son aparentes ó no, es expresar si reúnen ó no la cualidad de la apariencia; entendiendo por ello la existencia de un signo exterior indicativo ó revelador de la servidumbre. Se ajustaría mejor al rigor jurídico hablar de la continuidad ó discontinuidad, de la apariencia ó no apariencia de las servidumbres, que de si son continuas ó discontinuas, aparentes ó no. Sin embargo, tal es el tecnicismo admitido por el derecho y la tradición, al que nos so meteremos para no distraer la atención de puntos más importantes que éstos, de mera lingüística.

Si la servidumbre de acueducto y la de vertiente de tejado pueden ofrecerse en una y en otra forma, no parece propio decir que son aparentes ó no aparentes, sino que reúnen la primera cualidad *cuando* se manifiestan continuamente por un signo exterior indicativo de su uso ó aprovechamiento, y la segunda *cuando* no presentan indicio exterior de su existencia. La razón de lo dicho se encuentra en que la apariencia ó no apariencia de la servidumbre no afecta á su naturaleza, sino á su forma, y como ésta es variable y accidental, no sirve de base para una agrupación de las servidumbres, por cuanto algunas pueden manifestarse en ambos aspectos. Es más bien una cuestión de hecho, pendiente, por tanto, del criterio judicial en cada caso.

Hay, no obstante, servidumbres que no admiten esta dualidad de la apariencia ó de la no apareciencia, sino que reúnen exclusivamente una ú otra cualidad, encontrándose entre las primeras las de estribo de presa, parada ó surtidor, abrevadero, saca de agua, y entre las segundas las negativas. Esta observa-
parece que viene á desmentir las sentadas con anterioridad;
no sucede así, precisamente por virtud de estas últimas.
biendo servidumbres que pueden presentar una ú otra cuali-
d, no es posible establecer tipos absolutos de servidumbres,

sino señalar grados diversos de esa cualidad. En este sentido pudiera hablarse de una apariencia absoluta y de otra relativa; mas esta idea de la apariencia, aislada, sin relación á una servidumbre, es de escaso valor. Por eso, aunque sea cierto en la esfera de la pura especulación jurídica, la abandonaremos para entrar en la del derecho legislado.

En este terreno nos permitiremos decir que la raíz de la cuestión está en el lenguaje del Código. Así como éste al hablar de las servidumbres continuas ha dicho que son aquellas cuyo uso es ó *puede* ser incesante, etc., asimismo ha debido decir que, á tenor del criterio del Código, son aparentes «las que se anuncian ó *pueden* anunciarse y estar continuamente á la vista por signo exterior que revele el uso y aprovechamiento de las mismas»; y con arreglo á nuestro criterio, «las que se anuncian ó *pueden* anunciarse por un indicio exterior de su existencia».

El Código habla sólo de la efectividad del signo exterior, no de la posibilidad de la existencia del signo; corroborando una vez más nuestra afirmación de que no cabe hablar absolutamente de servidumbres aparentes ó no aparentes, sino del hecho de la apariencia ó no apariencia. Pero de querer intentar establecer una clasificación de ellas, no hay otro remedio que aceptar los términos expuestos por nosotros.

Fijándose bien en la cuestión, se observará que las servidumbres negativas son siempre no aparentes, en tanto que aquellas de que nos venimos ocupando, si bien son aparentes, en ocasiones pueden presentarse como no aparentes.

Lo general en ellas es la apariencia; la excepción la no apariencia. Mas la posibilidad de tener la apariencia, basta, en nuestro entender, para considerarlas comprendidas dentro de la clase de aparentes.

Sin embargo, si esto no pareciere totalmente acertado, no cabe ya más que aceptar un tercer grupo de servidumbres, al que denominaremos *mixtas,* ó sean las que son susceptibles de ser aparentes y no aparentes.

Hemos dicho antes que la visibilidad del signo es sólo una consecuencia de su exterioridad, y lo repetimos aquí. Por esta causa, en puridad no habría que mencionar la visibilidad como condición de la apariencia, porque lo que determina ésta es la existencia de un signo exterior sobre ó en el suelo, que consi-

guientemente se ve ó puede verse. Es más: creemos peligroso hablar de la visibilidad, porque pudiera afirmarse en algún caso litigioso que el signo exterior no era visible, aunque lo fuere, ó que no lo había visto el que negaba la apariencia, y sería forzoso probar la efectividad ó posibilidad de la visión. Por tal motivo, como la posibilidad de la visión se deduce de la existencia del signo exterior, entendemos que esta mera circunstancia debería bastar para calificar la apariencia. Existiendo, no cabe alegar la invisibilidad, pues claro es que puede ser visto. La existencia del signo lleva implícitamente la posibilidad de la visión, y esto basta. De lo contrario, habría que probar dos particulares en vez de uno: el de la existencia del signo y el de su visibilidad, y cabría argüir que no se veía porque había árboles, arbustos, por desconocer el sitio donde estaba, ó aun alegar algún defecto en el órgano de la vista.

La visibilidad á que nos referimos nosotros es la que denominaremos *objetiva*, esto es, la que hace relación al objeto, la *pasiva*, ó sea la posibilidad de que éste sea visto, no la *subjetiva* ó *activa*, ó que el sujeto haya visto ó vea el objeto ó signo. Si el signo existe y no está oculto, es decir, si es exterior, hay que reputarlo visible; la visibilidad va implícitamente comprendida en la exterioridad.

Con este concepto de la visibilidad, sustentado por nosotros, desaparece la cuestión acerca de á quién debe ser visible el signo, si á todos ó sólo al propietario del predio sirviente, porque, en sentir nuestro, la visibilidad de una servidumbre se refiere á la posibilidad de ser visto el signo que la revela, y cuando esta posibilidad concurra, podrá ser percibido por uno ó por varios. De no ser así, resultaría que la calidad de aparente de una servidumbre dependería del hecho de que el signo exterior lo hubiesen visto una ó más personas, ó de que manifestasen que lo habían visto ó no, del elemento personal, siendo así que tal calidad deriva fatalmente de la existencia de un signo exterior, que por el hecho de serlo, lleva inherente la posibilidad de percepción, característica, en nuestro entender, de la apariencia. Bastará que el signo sea visible al dueño del predio sirviente, porque es el que ha de experimentar el gravamen

En este punto disentimos de la opinión de Germano, según cual, la visibilidad exigida por el legislador italiano es la gene-

ral á todos, no la particular á algunos, porque un signo que pueda verse sólo por unos y no por todos no puede llamarse visible.

Repetimos que la visibilidad determinante de la apariencia es la *objetiva*, la referente á la posibilidad de ver el signo exterior, séase por uno ó por varios. La doctrina contraria conduciría á consecuencias absurdas. La primera, la de que sería preciso fijar un número de personas que hubiesen visto el signo ó que pudiesen verlo, un mínimum, por decirlo así, de visibilidad personal. La segunda y principal, la de que dejarían de ser servidumbres aparentes muchas que tienen esta cualidad. Así, una servidumbre de luces á favor de una casa, enclavada ó sita entre otras, como están la mayoría en las poblaciones, un acueducto, un estribo de presa establecido en una heredad cercada de alta tapia, no sería aparente, porque no la podrían ver todos. Esto es, según hemos dicho, hacer depender de lo accidental y variable la apariencia ó no apariencia, cuando lo esencial es la existencia de un signo exterior, ya pueda ser visto por el poseedor del fundo sirviente, ya por más personas, bastando con lo primero. Si aquél, que es á quien interesa para la prescripción, puede verlo, existe la cualidad de la publicidad á los efectos de aquélla, porque la generalidad no cabe que sepa si el signo exterior es expresivo del derecho de propiedad ó del de servidumbre.

Insistiendo en el ejemplo presentado de la servidumbre de luces, y ofreciendo otro nuevo, el de la de vertiente de tejado, sabido es que tales servidumbres existen frecuentemente sobre un patio ó corral, ocultos á la vista de la generalidad, y conocidas sólo por el poseedor del fundo sirviente. Ahora bien: de aplicarse la doctrina de Germano, resultaría que no serían aparentes tales servidumbres, afirmación inadmisible, puesto que unánimemente se conceptúan como tales.

Depende esto en parte de que se confunde la visibilidad con la publicidad, en cuanto ésta es requisito para la prescripción. Pero la publicidad existe para este efecto desde el instante en que la servidumbre es conocida del que tiene interés en ello, porque está á su vista. Hay publicidad legal desde el momento en que no se usa ocultamente.

El segundo de los requisitos ó elementos determinantes de la apariencia es, según nuestro Código, la *permanencia ó continui-*

dad del signo exterior; bien claramente lo determina el art. 532 al usar el adverbio «continuamente».

El Código español es una excepción á la regla general; los de Bélgica, Francia, Italia, Guatemala y Méjico no emplean tal adverbio, y por esto Germano con referencia al de Italia dice que para determinar si una servidumbre es ó no aparente, basta que el signo sea visible; pero que respecto á la prescripción, es menester que sea permanente para alejar toda idea de una posesión de tolerancia.

Nosotros creemos que aun sin la expresión advervial de la ley española, ha de concurrir el requisito de la permanencia del signo, porque si éste desaparece, muere con él la apariencia, y en ocasiones la servidumbre.

El signo debe, pues, ser de naturaleza permanente y existir permanentemente, porque si es accidental, no inherente á la naturaleza de la servidumbre, no revelará el uso de ésta, y si es variable y existiere unas veces sí y otras no, sería difícil determinar si la servidumbre era aparente ó no.

Por permanencia del signo entendemos que su existencia implique la de la servidumbre, que la vida de ésta vaya unida á la del signo. Así, una puerta, una ventana, el estribo de presa, una acequia, un acueducto, son signos permanentes porque en tanto exista la servidumbre, existen también ellos. Si uno de estos signos se anula totalmente, ya cerrándolos, ya destruyéndolos, la servidumbre no puede ejercitarse y camina de una manera directa á su extinción por el no uso.

Por virtud de estas consideraciones, pensamos que no es lícito ni acomodado á derecho afirmar que basta para la apariencia la cualidad de la visibilidad del signo, puesto que hemos dicho y repetimos aquí que tal condición es sólo un efecto de la existencia del signo. Para que éste se vea es necesario, ante todo y sobre todo, que exista; se ve el signo porque existe, luego la continuidad de la visión es derivada de la permanencia del signo. En tanto exista éste, se verá; cuando desaparezca, no será posible tal acto físico. ¿Es que cabe hablar además de una permanencia de visibilidad, independiente de la del signo? Sobre este particular hemos consignado nuestra opinión; pero adicionaremos algunas consideraciones.

Sabido es que para nosotros hay visibilidad del signo en tanto

hay posibilidad de que sea visto; únicamente si desapareciere absolutamente aquella posibilidad, es cuando podría decirse que se había interrumpido la permanencia.

Es servidumbre no aparente la que no presenta ningún indicio exterior de su existencia; luego, á *contrario sensu*, será aparente la que presenta un *indicio* exterior. Así, para considerar no visible ó perdida la permanencia de la visibilidad del signo, precisará que éste haya desaparecido por completo de la vista del poseedor del predio sirviente. Aunque se haya ocultado en gran parte, si existe el menor indicio de la servidumbre, no se habrá interrumpido la permanencia.

Presentemos uno de los ejemplos más ostensibles suministrado por el Código. Según el art. 560 de éste, el dueño del predio sirviente puede edificar sobre el acueducto que pase por él. La edificación es natural que ha de ocultarlo á la vista; pero no perderá la cualidad de apariencia si, á pesar de lo edificado, queda algún indicio exterior de su existencia, como es seguro sucederá. Por esto, sin duda, determina el art. 561 que la servidumbre de acueducto se considera continua y aparente.

El tercer requisito de la apariencia, ó mejor dicho, de que una *servidumbre* sea aparente, es que *el signo revele el uso y aprovechamiento de la misma*.

Los Códigos europeos no mencionan este requisito, acaso por entender que va implícitamente envuelto en los demás, pues que el signo ha de expresar siempre el uso especial de la servidumbre de que se trate. El español lo enuncia expresamente, abundando en el criterio de los legisladores guatemalteco y mejicano, los cuales exigen también que el signo «sea dispuesto para el uso y aprovechamiento» de la servidumbre.

La conducta de estos legisladores obedece, puede asegurarse, al deseo de aclarar bien el concepto, de manera que no origine duda alguna.

El signo exterior ha de ser, por tanto, adecuado al aprovechamiento de la servidumbre; es decir, por aquél se ha de conocer la naturaleza de ésta. Si, pues, el signo no se encuentra en armonía con el fin de la servidumbre, habrá que deducir que no llena cumplidamente el requisito de la ley. De la vista del signo deberá inferirse cuál es la servidumbre cuya apariencia determina, en una palabra, habrá de ser apropiado á la naturaleza de aquélla.

No es posible fijar de antemano cada uno de los signos que específicamente revelan el uso y aprovechamiento de las varias servidumbres; es cuestión de hecho, dependiente, por tanto, del criterio judicial en cada caso. Claro es que pueden desde luego indicarse muchos, como la ventana, el balcón, el mirador, la terraza para la servidumbre de vistas; una puerta, un pasadizo, un camino, un puente para la de paso; el estribo de presa para la de este nombre; la parada ó partidor en la de igual denominación; el acueducto, la cañería, un puente, una alcantarilla en la de acueducto; el alero del tejado en la de vertiente; pero aparte de éstos, cabe la existencia de otros adecuados á la índole de cada una de las servidumbres, y consiguientemente al ejercicio de ésta.

Esta *revelación ó indicación* del uso de la servidumbre por el signo, debe entenderse también en sentido objetivo, esto es, en el de que por la naturaleza ó el fin del signo se pueda comprender los de la servidumbre, no subjetivamente ó en el sentido de que el dueño ó poseedor del fundo sirviente haya ó no conocido el uso y aprovechamiento. La apariencia es cualidad objetiva y material, y estas mismas notas transcienden á los derivados de ella.

Sentados los principios generales acerca de la apariencia ó no apariencia de las servidumbres, pasemos á determinar cuáles tienen una ú otra cualidad. Es este terreno peligroso, como todo aquel en que se intenta individualizar, porque puede incurrirse así en omisión como en contradicción; sin embargo, procuraremos desarrollar la materia.

La cuestión de la apariencia ó no apariencia de las servidumbres, como la de su continuidad ó discontinuidad, afecta é interesa principalmente á la prescripción. Descartado este particular, tales conceptos no ejercen influencia alguna en el orden jurídico.

Despréndese de aquí que la distinción de las servidumbres en aparentes ó no aparentes produce efectos con relación sólo á las servidumbres voluntarias, porque son las susceptibles de ser adquiridas por prescripción, no respecto de las legales ó establecidas por la ley.

Esto es cierto y evidente: pero lo es también que las servidumbres voluntarias y las legales de interés privado son unas

mismas, más claro, que en cuanto á su esencia son iguales, diferenciándose sólo en punto á su origen. Así, la naturaleza de las servidumbres de luces, de la de paso y vertiente de tejados es la misma, tanto si son legales como extralegales ó no impuestas por la fuerza de la ley. No hay unas servidumbres voluntarias y otras legales distintas entre sí, sino las mismas y únicas servidumbres, que reciben diferente nombre según la raíz de donde proceden. Prueba de esto es que todas las servidumbres legales de interés privado que menciona el Código pueden ser y son también voluntarias.

Si se desea conocer algunas reglas generales determinativas de la apariencia ó no apariencia de las servidumbres, fijaremos las siguientes:

A) Existe la apariencia siempre que la servidumbre se ejerce mediante un signo exterior.

B) La apariencia lleva consigo la afirmación, y, por consiguiente, las aparentes son por esencia afirmativas; por razón contraria, son no aparentes las negativas.

Si de lo general descendemos á lo particular, esto es, á examinar cada una de las servidumbres, como no cabe adoptar plan alguno, las analizaremos por el orden con que se hallan consignadas en el Código.

Encontramos, en primer término, las servidumbres en materia de aguas. De éstas figura en el artículo inicial de la sección, la de los predios superiores sobre los inferiores. Esta servidumbre, por su esencia, es no aparente, porque el gravamen consiste en recibir el fundo inferior las aguas que naturalmente y *sin obra del hombre,* como dicen los artículos 552 del Código y 69 de la ley de Aguas, descienden del superior, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso. Como vemos, la servidumbre rechaza la idea de *obra humana,* que es la característica de la apariencia, porque signo equivale á obra, ó, más preciso, ésta es uno de ellos. Sin embargo, puede convertirse en aparente, á tenor del artículo 77 de la ley de Aguas, permisivo de la construcción de obras (ribazos, malecones ó paredes) al dueño del predio dominante para evitar arrastres ó desperfectos. Estas obras constituyen un signo aparente que indica la existencia de la servidumbre.

Vienen después las servidumbres de uso público de las ribe-

ras de los ríos en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y la de camino de sirga. Su carácter de públicas excusa é impide ocuparse aquí de ellas.

La de estribo de presa (art. 554) no origina duda su cualidad: es aparente porque el estribo es signo exterior y visible.

El Código civil (artículos 555 y 556) y la ley de Aguas (artículo 107), al hablar de las servidumbres legales de saca de agua y de abrevadero, dicen que sólo podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío; pero, aparte de esto, ha y que ocuparse de las servidumbres voluntarias de saca de agua y abrevadero que pueden existir.

A estos derechos, como ya expusimos al desenvolver el concepto general de servidumbre, no les es aplicable en puridad esta última noción jurídica porque consisten en el aprovechamiento de una substancia distinta y separada de la del fundo: la servidumbre más bien consistirá en el derecho de paso de personas y ganados para apropiarse el agua.

Sometiéndonos, sin embargo, al mandato legal, vemos que tales servidumbres suponen en la mayoría de las veces un signo exterior de la especie, obra, muro, fuente, pozo, cisterna, pilón, estanque, y además un camino para dar paso á las personas ó al ganado; luego, en estos casos, habrá que reputarlas aparentes.

La apariencia no tiene, sin embargo, aquí valor alguno, porque para producir su efecto jurídico, ó sea la posibilidad de la prescripción, es menester que vaya acompañada por la continuidad. Las servidumbres discontinuas (y la de abrevadero y saca de agua reúnen este carácter), sean ó no aparentes, no pueden adquirirse por prescripción, según declara expresamente el artículo 539 del Código civil.

La de acueducto es también de las que no motiva duda. Si se manifiesta por acequias, canales, acueductos ó cañerías exteriores, será aparente; y no aparente, cuando el agua corra por cañerías ó tuberías subterráneas que no presenten indicio exterior de su existencia. Pero si donde se toma el agua hay alguna obra que) indique, ó cualquiera otra señal exterior, tanto por donde vaya a tubería, como en el predio en que se aproveche el agua, que :vele la existencia del acueducto, la servidumbre deberá esti- ıarse aparente. Hay que distinguir, porque la disposición del rtículo 561 del Código, declarativa de que la servidumbre de

acueducto es aparente, debe sobreentenderse respecto sólo de la legal.

Puede suceder que por un acueducto ya establecido permita el que goce de tal servidumbre que otro conduzca agua á un predio de su propiedad. ¿Será aparente la servidumbre en este caso? Germano dice que no, sin explicar por qué. Nosotros vamos más allá: sostenemos que no hay servidumbre en el supuesto de que el dueño del predio sirviente ignorase el hecho del paso del agua para el segundo, porque este paso sería clandestino. Si lo conociere, entonces la servidumbre existiría con carácter de aparente, por ser un nuevo gravamen, una restricción más, ó sea á favor de dos predios en vez de uno.

Aparente es también la de parada ó partidor, porque una y otra consisten en obras que reúnen el requisito de la exterioridad, y por tanto, el de la visibilidad.

En la servidumbre de paso se observa el carácter accidental de la apariencia. Será aquélla aparente si existe una vía ó camino; no tendrá tal condición en el caso contrario.

La llamada servidumbre de medianería merece examen especial. Decimos la llamada servidumbre, porque adelantando conceptos de los que expondremos detenidamente en su lugar, entendemos que, en general, no hay tal servidumbre, sino comunidad.

Lo que el Código denomina presunción de medianería, no es presunción de servidumbre, sino de propiedad, porque lo que se presume es que la pared pertenece á los dueños de las dos fincas lindantes. Fúndase tal presunción en que, puesto que la pared sirve á las dos casas, se supone que fué construída á expensas de los dueños de las dos. Ahora bien: propiedad y servidumbre son términos antagónicos, porque el que se sirve de una cosa por derecho de propiedad, no puede utilizarla por el de servidumbre, y viceversa. Además, pues que la pared es medianera, indica que su propiedad es común de los dueños de las fincas que separa, y, por tanto, no hay servidumbre. Existirá ésta cuando, perteneciendo la pared á uno solo de los dueños, el otro apoyase en ella su edificación. Pero esto es lo excepcional, porque para ello es necesario que conste expresamente la propiedad; cuando no sucede así, cuando no se sabe que la pared corresponde privadamente á uno de los dueños, se presume medianera, esto es, propiedad común de los dos.

Supongamos, sin embargo, el caso de la servidumbre; el de que conste que la pared es propiedad del dueño de una de las fincas, en cuya pared se apoya la contigua. ¿Es aparente esta servidumbre? En general, no, á tenor del concepto de la apariencia consignado en el Código, porque tal servidumbre no se anuncia por signo exterior alguno. La pared divisoria se halla casi siempre oculta á la vista, y no es posible conocer si es común á las dos fincas, ó si sirve de apoyo á una sola de ellas.

Hemos dicho en general, porque en algunos casos la servidumbre puede ser aparente. Así sucederá cuando, por la situación especial de las fincas, se observe la existencia de la medianería. Entre otros casos (fuera imposible y expuesto á error intentar presentar todos), cabe citar el equivalente al de los números 5.° y 6.° del art. 573 del Código. Si consta que la pared divisoria de un patio, jardín ó heredad pertenece á uno solo de los dueños, y la albardilla vierte, no hacia su propiedad, sino á la del otro, existe servidumbre y es aparente, puesto que se anuncia por un signo exterior (la albardilla), y consiguientemente visible. Lo mismo acontece en el del núm. 6.° Si constando la propiedad de la pared á favor de un propietario, las pasaderas salen fuera de la superficie por el lado de la otra propiedad, habrá una servidumbre aparente, por cuanto que se anuncia por un signo exterior como son las pasaderas.

La tecnología del Código, aunque empleada equivocadamente, confirma nuestra opinión. Presúmese la medianería, ó sea la propiedad común de la pared divisoria (no la servidumbre de medianería, como dice el art. 572) cuando no hay *signo exterior;* por el contrario, no hay presunción de medianería (en vez de servidumbre), con arreglo al 573, cuando existe signo exterior. Este último artículo declara, es verdad, la inexistencia de la medianería, pero es porque el Código, repetimos una vez más, al hablar de medianería, se refiere á la comunidad de la pared, no á la servidumbre, y en los casos comprendidos en él, nace la presunción de propiedad individual á favor de un solo dueño, de el en cuya finca existe el signo; pero, según hemos visto es, este signo indica precisamente la servidumbre en determados casos.

El signo solo es, sí, expresión de la pertenencia exclusiva de ared á favor del dueño de la finca hacia cuyo lado ó vertiente

está aquél; pero si constando la propiedad de la pared, el signo cae al lado de la finca contigua, la servidumbre es aparente por existir un signo exterior. El signo en este caso es presunción de servidumbre propiamente tal, no de propiedad, conceptos jurídicos que se repelen mutuamente.

Aparte de esto, manifestamos de nuevo que el lenguaje del Código en su art. 572, evidencia que la medianería legal excluye en absoluto el signo exterior, característico de la apariencia.

Examinemos la servidumbre de vistas. Se manifiesta su existencia por huecos (ventanas, balcones) ó por terraza, miradores, etcétera, por algún signo; luego es aparente. Pero la cuestión de la apariencia ó no apariencia sé encuentra establecida precisamente por la de prescripción; bajo este aspecto, sabido es que no se empieza á contar el tiempo sino desde un acto obstativo para el efecto del no alzamiento del edificio que quite las vistas. En tal caso, realmente la servidumbre de vistas se integra en la de no edificar ó no alzar: ésta absorbe á aquélla. Se trata, pues, de servidumbres negativas y, por tanto, no aparentes, y así lo dice la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De modo que una servidumbre aparente por esencia se convierte en no aparente, puesto que se condensa en una negativa.

El Código habla del desagüe de los edificios, no de la vertiente de tejados. El art. 586 impone al dueño de un edificio la obligación de construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas de lluvia caigan sobre el *propio suelo* ó sobre terreno público. Esta no es la servidumbre de vertiente de tejado, que supone precisamente el derecho de verter el agua pluvial sobre el *suelo ajeno*.

Esta servidumbre podrá ser aparente ó no, como hemos indicado antes, según la forma de la vertiente. Si existe un alero, un canalón, una tubería exteriores será aparente; si se practica mediante una cañería que no presente indicio exterior alguno, será no aparente.

Lo mismo decimos del desagüe mencionado en el art. 588. Si el conducto es externo y, por lo tanto, visible, tendrá la cualidad de aparente; en otro caso, no la reunirá.

No nos ocuparemos de las edificaciones y plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas, ni de la construcción cerca de una pared ajena ó medianera, de pozos, cloacas, acueductos, hor-

nos, etc., porque son restricciones fundadas en motivos de interés público, y caen fuera de la esfera de nuestra investigación.

En cuanto á las servidumbres establecidas en el art. 591, éstas, como todas las negativas, son no aparentes. Consistiendo en el no hacer, claro es que por su naturaleza son invisibles, no pueden exteriorizarse.

***

Otra división de las servidumbres, originaria del Derecho romano, es la establecida en el art. 533, positivas y negativas. «*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis*, velute viridia tollat, aun *amoeniorem* prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*», dice el *Dig., libro VIII, tit. I, De servitutibus, ley. 15, párrafo 1.°*, con referencia á Pomponio.

Positiva—se lee en el mencionado artículo—es la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo; negativa, la que prohibe al dueño del predio sirviente hacer algo que sería lícito sin la servidumbre.

El Código expone el concepto de servidumbre positiva y negativa con relación al dueño del predio sirviente, siendo así que el de las positivas no se aviene bien en absoluto con el elemento puramente pasivo que representa el predio sirviente. La conducta del dueño de éste es, en general, negativa, no hacer, ó al menos dejar hacer, y si bien en algún caso viene obligado á hacer, es como resultado de una obligación que debe sufrir y tolerar. Por esta razón, parece más propio hablar de esta clase de servidumbres con referencia al dueño del predio dominante, diciendo que es positiva la que le concede el derecho de hacer alguna cosa por sí en el sirviente, ó de obligar al dueño de éste á que lo haga, y negativa, la que le otorga la facultad de impedir á dicho dueño hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. De aquí la distinción de servidumbres, que consisten en hacer y de otras en no hacer, distinción que no nos desagrada.

Condensando Germano los razonamientos en que los autores fundan esta división, dice que se establece por virtud de las diferentes restricciones que envuelven las facultades del propietario.

Cuando la servidumbre restringe la facultad de libre disposición, se llama afirmativa; cuando limita el derecho de exclusión, negativa.

Combate dicho autor esta argumentación, diciendo que si la servidumbre afirmativa se puede defender contra los actos de un tercero y perseguirse dondequiera que esté la cosa, tales defensa y procedimiento atañen al derecho de exclusión y no de libre disposición; por el contrario, la servidumbre negativa—manifiesta—se puede ceder conjuntamente con el fundo dominante y renunciar en beneficio del fundo sirviente, y esta facultad no concierne al poder de exclusión, sino al de libre disposición.

Sin desconocer en absoluto la exactitud de las consideraciones del autor á que nos estamos refiriendo, entendemos que existen otras más gráficas. La servidumbre consiste en hacer ó en no hacer, esto es, sea positiva ó negativa, supone siempre una limitación de la facultad de disponer libremente, porque el dueño del predio sirviente ve disminuída aquella facultad, tanto cuando está obligado á consentir que otro haga algo en su finca, como al no poder hacer lo que en otro caso tendría derecho á realizar. Libre disposición y exclusión no son términos opuestos, sino que se integran; en puridad, son uno mismo, porque el primero lleva consigo al segundo. Si se tiene el derecho de disponer libremente de una cosa, se puede excluir del disfrute de ella á otra persona, y, recíprocamente, al excluirla es porque se puede disponer con libertad. Por consiguiente, como el gravamen que restringe la libre disposición limita asimismo el derecho de exclusión y viceversa, no debe hablarse de la diferencia entre una y otra facultad como base de una clasificación.

La división en positivas y negativas arranca, no del derecho que se limita por la servidumbre, sino del en que consista ésta: hacer ó no hacer.

Esta división de la servidumbre es la más importante porque afecta á la esencia, al contenido del derecho. Tal división envuelve el concepto de la servidumbre, puesto que expresa que hay servidumbres que consisten en hacer, en un uso determinado del fundo ajeno, y servidumbres que consisten en no hacer, ó sea limitación de un uso de la cosa ajena. Aún mejor, pues, que de clasificación de la servidumbre, cabría hablar de bifurcación, porque lo que se llaman servidumbres positivas y negativas no son

más que dos fases del concepto legal de servidumbre, dos de los aspectos en que se manifiesta ésta.

El Código español acoge un tercer grupo de servidumbres: las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo por sí mismo.

Tal doctrina va contra la corriente general jurídica, afirmativa de que la servidumbre consiste en sufrir ó en no hacer, pero no en hacer. *Servitus in faciendo consistere nequit,* dice un antiguo aforismo. *Servitus non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur, aut non faciat,* dice el § *1.º, ley 15, tit. I (De servitutibus)* del Digesto.

¿De dónde procede esta excepción? Un precedente del Derecho romano se encuentra en la servidumbre de carga *(oneris ferendi). La ley 33 del tit. II (De servitutibus praediorum urbanorum), libro VIII del Digesto* lo prueba, pues, conforme á ella, el dueño de la pared en que se apoyaba la viga estaba obligado á conservar la pared en buen estado para permitir el ejercicio de la servidumbre. Pero esto era una excepción de la regla general.

En el Derecho moderno cabe citar el art. 971 del proyecto de Código civil alemán, cuyo texto evidencia que se refiere á caso parecido al del Derecho romano. Dicho artículo dice así:

«Pueden establecerse servidumbres en las que el propietario del fundo sirviente esté obligado á la conservación de una obra existente en dicho fundo, en cuanto lo exija el interés del que goce de la servidumbre.

Cuando la servidumbre consista en el derecho de apoyar una construcción sobre otra del fundo sirviente, el dueño de éste viene obligado á la conservación de su propia construcción en interés de el de la otra, salvo pacto en contrario.»

¿A qué casos se refiere el artículo que comentamos? A los en que una persona esté obligada á hacer algo en su propiedad en consideración á otro fundo ú otra persona, bien por convención, bien por ministerio de la ley. Indícalo el art. 599 de nuestro Código al conceder la posibilidad de librarse el dueño del predio sirviente de la carga de costear las *obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre si así se hubiere obligado al constituirse aquélla,* abandonando su predio al dueño del dominante. Lo prevenían también los artículos 1.044 y 1.190 de los Códigos civiles de Méjico y Guatemala, según los cuales, «la servidumbre

consiste en no hacer ó en tolerar: añadiendo que para que al dueño del predio sirviente pueda exigirse la ejecución de un hecho, es necesario que esté expresamente determinado por la ley ó se haya convenido así en el acto por el cual se constituyó la servidumbre».

Por consiguiente, después de la publicación del Código civil, cabe que el propietario haya contraído la obligación de hacer algo en su predio en provecho de otro, obligación que revestirá el carácter de servidumbre. La característica será la de ésta, según el Código, es á saber: la de que la obligación se contraiga en consideración directa á un fundo, porque la obligación de hacer por sí mismo es sólo una prestación de naturaleza meramente personal. Aun así, es decir, con relación á un fundo, la idea de tal obligación no se amolda al concepto de una carga real, con mayor motivo, cuanto creemos que no es dable interpretar las palabras del Código «por sí mismo» en su sentido literal, en el de que el dueño del predio sirviente haya de hacer lo que sea *por sí* verdadera servidumbre sobre la persona, sino en el de hacerla ó costearla.

Hemos dicho que la obligación de hacer algo el dueño de un inmueble puede también ser impuesta por la ley. Nos referimos á los casos en que un precepto legal impone al particular la obligación de hacer algo en su finca en interés social, en beneficio de la colectividad. En nuestro entender, el Código ha querido comprender en el particular que nos ocupa la esencia de derechos contenidos en cuerpos legales de valor jurídico inferior á él: Ordenanzas y Reglamentos.

Citaremos ejemplos de las Ordenanzas de Madrid.

Obligación del propietario de una finca es la de levantar las paredes medianeras con las casas contiguas, hasta la altura de éstas y decorarlas (art. 661).

Obligación de conservar las fachadas de los edificios en buen estado de limpieza (art. 686).

En este sentido amplio, cabría reputar también servidumbres las reglas que establecen las Ordenanzas acerca de las construcciones, modo de construir, altura de los edificios y pisos, número de éstos, etc., porque constituyen otras tantas obligaciones del propietario.

Con arreglo á igual criterio, cabe considerar servidumbre la

disposición de los artículos 389 y 390 del Código, referente á los edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse, porque imponen al dueño la obligación de demoler el edificio ó arrancar el árbol. Es una obligación de hacer algo en su propiedad, en beneficio de la colectividad, constitutiva de servidumbre en el sentido legal de la palabra, ó sea en el de que el dueño de una cosa se ve obligado á hacer lo que no haría de no existir la dicha servidumbre. Se objetará que el artículo que nos ocupa, el 533, habla de la obligación del dueño del predio sirviente, de donde parece deducirse que concierne á la servidumbre llamada real, que exige uno dominante, y en los casos que hemos expuesto no lo hay, mas conviene no olvidar que el Código en su art. 531 admite las servidumbres á favor de la persona sin relación á la idea de predio dominante. En el terreno del derecho positivo deberá, pues, reputarse servidumbre, dados el precepto del citado artículo 531 y el del 533.

Serán servidumbres los actos que ejecute el individuo por sí, ó valiéndose de otras personas, en su propiedad, ya en interés particular de otra persona ú otro fundo, ya en interés colectivo: en una palabra, toda obligación de hacer aquello que no estaría impelido á efectuar sin la servidumbre.

En la esfera crítica no nos sometemos al criterio legal. Aplicar el concepto de servidumbres á los actos humanos es peligroso y antijurídico: recuerda la servidumbre verdaderamente personal. La persona sólo puede ser objeto de obligaciones propiamente dichas, y bajo esta acepción cabe únicamente tratar de las á que se refiere el art. 533. Como dijimos en la crítica de la doctrina de servidumbres, la obligación del propietario en interés social debiera insertarse en los Códigos con tal denominación.

El particular del carácter positivo ó negativo de las servidumbres, lo mismo que el de la continuidad y apariencia, se encuentra establecido principalmente con referencia á la prescripción.

Hablamos así, porque aparte de este punto no se presentan las servidumbres negativas con vida propia; son siempre, ó por lo menos casi siempre, efecto de las positivas.

Servidumbre negativa (la única voluntaria) es la de no alzar, o levantar más alto, y ésta es consecuencia obligada de la de tas; separada no se concibe su existencia, porque no presta lidad. Si las admite la ley es para los efectos del tiempo de la

prescripción, como lo revela el art. 538. El tiempo de la prescripción—dice—se contará en las negativas desde que el dueño del predio dominante hubiera *prohibido*, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

¿Cuáles servidumbres son positivas y cuáles negativas? Contestaremos á esta pregunta estudiando cada una de ellas, pero limitando nuestra investigación á las particulares ó privadas.

Con referencia á esta clasificación de las servidumbres, es más fácil que en las anteriores sentar reglas generales. Así, diremos que son positivas las aparentes (acueducto, estribo de presa, luces y vistas, parada ó partidor), y negativas las no aparentes (no alzar y no levantar más alto). El fundamento de tal regla es claro; el signo exterior exige el acto de construir, y esto basta para que la servidumbre adquiera la cualidad de positiva, pues que ha habido que hacer algo.

Interesa, sin embargo, consignar alguna consideración.

Hemos dicho que es positiva la servidumbre de paso por ser aparente, y lo afirmamos, porque, en general, requiere la existencia de una vía ó camino (signo exterior) para su ejercicio; pero cabe la excepción de que se ejerza sin estar aún marcado el paso, y sea, á pesar de esto, positiva por consistir en actos.

Incluídas asimismo entre las positivas, figura la de luces y vistas, pareciendo contradecir la doctrina legal y la establecida por el Tribunal Supremo de que son negativas. Repetimos lo dicho acerca de la apariencia de las mismas. Es indudable que dichas servidumbres son positivas en cuanto requieren la construcción de un signo y supone su vida actos positivos (inspección del fundo ajeno); la calificación de negativas se les aplica concerniente á los efectos, á la prescripción, al derecho de impedir que se quiten las luces ó las vistas edificando ó levantando más alto. Como de nada serviría tener luces ó vistas adquiridas si el vecino pudiera quitarlas con la edificación, de aquí el derecho de prohibirla, viniendo este derecho, que es el efecto, á regir lo principal, y consiguientemente, á imponerle también, por decirlo así, su cualidad. La servidumbre de luces y vistas, positiva po su naturaleza, lleva consigo la de no edificar ó no alzar, que e negativa, y ésta absorbe, digámoslo así, á aquélla y la condi ciona jurídicamente.

ART. 534. Las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

Concordancias.—Igual al art. 480 del proyecto de Código de 1851 y al 536 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 8.ª*—Mudasse el señorio de las heredades: e de las otras cosas, de vnos omes a otros. E por ende dezimos, que en qualquier manera que passasse la casa, o el edificio, o la heredad: o otra cosa qualquier que deua alguna seruidumbre a otro, en alguna de las maneras que diximos en las leyes ante desta, o en otra semejante dellas, que siempre finca obligada con aquella seruidumbre a la otra heredad, o persona a quien la deuia. Otrosi dezimos que la cosa que ha la seruidumbre, a quien quier que passare, que en saluol finca aquella seruidumbre en la otra cosa, en que la auia ante, e non se le embarga, nin se pierde por razon del mudamiento. Fueras ende, si alguna seruidumbre y fuesse puesta a tiempo cierto, o en vida de algund ome señaladamente. Ca las otras seruidumbres que son puestas para siempre, non vienen por razon de las personas de aquellos cuyas son; mas propriamente por raçon de las cosas a que las deuen, e de las otras que se siruen dellas. E por ende, por mudamiento del señorio non se pierden.

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 12.—Deuiendo seruidumbre vna cosa, o vna heredad a otra, el Señor de la seruidumbre non la puede vender, nin enagenar apartadamente sin aquella cosa a quien pertenesce: porque la seruidumbre es de tal natura, que non se puede apartar de la heredad, o del edificio en que es puesta. Fueras ende, si lo consintiesse el señor cuyo heredamiento, o casa sirue, o si la seruidumbre fuesse de agua, que nas ciesse de vna heredad, o regassé a otra: ca este, á quien deuiesse tal seruidumbre, bien podria, el agua que fuesse ya venida a su heredad, otorgarla a otro, para regar campo, o viña que fuesse cerca de aquella suya.

ART. 535. Las servidumbres son indivisibles. Si predio sirviente se divide entre dos ó más, la servi-

dumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Concordancias.—Igual al art. 481 del proyecto de Código de 1851 y al 537 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tít. XXXI, ley 9.ª*—Plaziendo a algun ome, de otorgar seruidumbre en su casa, o en su heredad, a edificio, o a heredamiento de otro; si despues de tal otorgamiento como este, se muriesse aquel a quien fuesse fecho, maguer dexasse muchos herederos, cada vno dellos puede demandar toda la seruidumbre. E esto es, porque la seruidumbre non se puede partir. E por ende, non podria cada uno demandar su parte apartadamente. Otrosí dezimos, que si el que ouiesse otorgado la seruidumbre en lo suyo se moriesse, e dexasse muchos herederos, que puede ser demandada la seruidumbre toda enteramente á qualquier dellos, e son tenudos a ella, assi como era el señor cuyos bienes heredaron.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 534 Y 535.—Estudiamos conjuntamente ambos artículos por la íntima relación existente entre ellos, puesto que desde cierto punto de vista la indivisibilidad es efecto natural, consecuencia lógica de la inseparabilidad. Si la servidumbre es inseparable de los fundos dominante y sirviente, claro es que subsistiría inherente á ellos, cualesquiera que sean las modificaciones que experimenten. Para dividir una cosa tiene que constituir una substancia independiente por sí, y lo que está unido á otra no puede ser fraccionado.

El fundamento de la inseparabilidad se encuentra, según Germano, en que consistiendo la servidumbre en un uso de la substancia de la cosa, no puede existir aquél (uso) sin ésta (substancia), y es, por tanto, inseparable de ella.

Sólo idealmente cabe considerarla separada—dice—porque si fuese posible una separación material, disminuiría la substan-

cia de la cosa que proporciona el uso, no serían posibles íntegramente otros usos, y habría venta de parte de la cosa, mas no servidumbre. Así, en la servidumbre de paso, el uso es inseparable de la substancia de la tierra, porque si de ésta se segregase el uso, sería venta de una parte de terreno, no derecho de pasar.

Está, en nuestro sentir, muy bien expresada por Germano la razón de la inseparabilidad, pero incompletamente por cuanto se refiere sólo al fundo sirviente, según se desprende de sus palabras y del ejemplo, así como porque más adelante añade que el uso constitutivo de la servidumbre es también inseparable de la substancia en el sentido de que no se puede separar del *fundo sirviente* y no puede impedirse que el mismo fundo pueda destinarse á otros usos. ¿Y con relación al predio dominante? Sabido es el lugar que éste ocupa en la relación jurídica que supone toda servidumbre. Es ésta un uso ó la limitación en un uso de un predio en beneficio ó en consideración á otro. Compréndese la idea de inseparabilidad respecto del predio sirviente, porque siendo la servidumbre un uso ó la limitación de un uso, no se concibe sin una cosa sobre que recaiga, es decir, aquél supone, exige, indefectiblemente ésta: un fundo que se use en un modo ó cuyo uso se limite determinadamente. Con referencia al predio dominante, no es absoluta esta idea del uso material de la cosa, sino relativa. Existe siempre el derecho de su poseedor de ejercitar el uso en que consista la servidumbre ó de impedir éste al del sirviente; pero la manifestación de este derecho por un uso material del fundo dominante sólo se verifica en determinadas servidumbres, como la de vistas ó luces por medio de los huecos abiertos en el edificio dominante y la vertiente de tejados por los conductos para las aguas colocados en él.

Hay inseparabilidad absoluta (empleando el tecnicismo legal) de la servidumbre y de la finca á que pertenece pasivamente, porque no es posible separar, material ni idealmente, el uso de la substancia de la cosa ó la limitación en un uso de la substancia misma, porque el uso es inherente de tal modo á la substancia, que no se concibe el uno sin la otra; aquél sigue á ésta como la sombra al cuerpo, es un gravamen que acompaña siempre, física y jurídicamente, á la cosa sobre que recae.

Respecto del predio dominante, la servidumbre supone, según queda expuesto, un derecho á favor de su poseedor, el de ejercer

un uso ó de impedir el uso en que consiste aquélla, y de cuyo derecho es resultado ó efecto el beneficio que puede obtener el fundo. Ahora bien: como el derecho cuyo contenido forma la servidumbre se halla establecido á favor del poseedor de un predio, pero en consideración á éste, es decir, para el servicio del mismo, claro es que su poseedor no puede disgregar ese derecho del predio en cuyo pro se constituyó la servidumbre para transmitirlo á otra persona, con independencia del mismo predio. Esta es la inseparabilidad de la servidumbre con relación al fundo dominante, por ser un derecho de su poseedor; mas cabe, en algunos casos, según lo expuesto, la manifestación por un uso material, como en las servidumbres de luces y vistas y vertiente de tejados, porque el uso se ejercita precisamente por el predio dominante.

Con referencia al sirviente, la inseparabilidad es siempre real, material ó física y jurídica; lo primero, por la razón repetida de que no se puede ejercitar un uso ó prohibir un uso de la substancia de una cosa sin esta substancia; lo segundo es consecuencia de lo anterior, porque el legislador no puede separar lo que por naturaleza es inseparable.

La inseparabilidad en cuanto al predio dominante es, por esencia, jurídica y aun personal; atañe predominantemente á la prohibición de que el derecho de uso establecido á favor del poseedor del fundo para el servicio de éste sea transmitido á otra persona con independencia del predio; pero en determinados casos, en los presentados antes, puede afectar también la cualidad de real.

Sánchez Román, como caracteres de las servidumbres, tanto personales como reales, establece los siguientes: *inherencia*, ó sea la inseparabilidad, *como carga* del predio sirviente en las personales y reales, *como derecho* del sujeto en las personales por sí, en las reales como poseedor del fundo dominante: *intrasmisibilidad*, corolario del anterior, ó sea la no posibilidad de enajenarla separadamente de la finca que la sufre como carga, ó por el sujeto que como derecho la disfruta, ya personalmente, ya en concepto de poseedor de un predio: *la indivisibilidad*, entendida esta palabra como todos los autores la expresan.

Laurent no habla de la inseparabilidad, sino de la realidad de las servidumbres, esto es, de su naturaleza de derecho real

opuesto al personal. Se ocupa el civilista belga de este punto con referencia á la distinción entre servidumbres personales y reales, y dice que éstas constituyen una propiedad; pero que no tiene existencia distinta y separada del predio dominante, pues, como decian los jurisconsultos romanos, las servidumbres son cualidades del fundo dominante y del sirviente. De aquí que, á diferencia del usufructo, las servidumbres no pueden venderse ni arrendarse separadamente del fundo dominante, ni, por lo tanto, ser hipotecadas. Siguen al fundo, ya como derecho, ya como carga. Una cualidad permanece adherida al fundo, cualquiera que sea el poseedor de éste. Así, no es necesario—añade—que se declare la servidumbre en el acto traslativo de propiedad del fundo dominante ó del sirviente; el fundo se transmite con sus cualidades.

La tecnología de Laurent, al usar el concepto de realidad en vez de el de inseparabilidad, viene á descubrir un particular importante: que la llamada inseparabilidad de la servidumbre en cuanto al fundo sirviente, no es atributo exclusivo de ella, sino común á todo derecho real en su sentido lato.

No se concibe una servidumbre sin el fundo que grava; pero esto pasa en todos los derechos reales, tomando estas palabras ya en su acepción restringida (fracción del derecho de propiedad) ya en la amplia (derecho sobre la cosa). Los derechos de usufructo, uso, habitación, censo é hipoteca son inseparables de la cosa sobre que recaen, unos (usufructo, uso y habitación), física y jurídicamente, los demás sólo jurídicamente: todos siguen á la cosa, cualquiera que sea su poseedor. Aun algunos de dichos derechos en este concepto y no en el de carga, son inseparables, no del predio, sino de la persona que lo goza. Tal sucede con el uso y la habitación por su naturaleza y por precepto legal (artículo 525), y aun naturalmente con el usufructo (no con arreglo á la ley, ya que el art. 480 autoriza su enajenación), puesto que éste se otorga en consideración á una persona y es personalísimo, como lo demuestra la circunstancia de extinguirse por muerte ó renuncia del usufructuario.

La inseparabilidad de la servidumbre deriva, pues, de su realidad, es decir, de ser un derecho real, no de ser una cualidad de un fundo, como afirma Laurent. Y este mismo autor se contradice en cuanto que, con referencia á la cuestión de si la heren-

cia es ó no derecho real ó cualidad, cita Germano unas palabras suyas, en las que expresa que siendo el derecho real un derecho sobre la cosa, la cualidad no puede ser nunca un derecho real.

Consiguientemente, por inseparabilidad de la servidumbre, debe entenderse la adherencia á las fincas sobre las que se establece, la no posibilidad de considerarla subsistente física y jurídicamente por sí misma, ó sea con independencia de la idea de dos fundos, uno sobre el que grava y otro en cuyo favor se establece.

Hemos estudiado la inseparabilidad en principio; ocupémonos de ella en la esfera meramente legal.

El Código habla de inseparabilidad: obvio es decir que se refiere principalmente á la jurídica, porque una ley no va á tratar de la física. Lo que el art. 534 quiere decir es que la servidumbre que tiene existencia jurídica propia en cuanto constituye un derecho distinto de otros, un bien inmueble (art. 334, núm. 10) con relación al predio sirviente es una carga que grava siempre sobre él, una afección real del fundo, un peso real que es imposible levantar mientras subsista; y respecto del dominante, un derecho intransmisible, no enajenable, inherente al poseedor de dicho predio y por virtud precisamente de tal calidad. En una palabra, que no puede enajenarse la servidumbre con separación del predio dominante, y por el contrario, que la enajenación de éste ó del sirviente lleva consigo respectivamente la transmisión del derecho ó del gravamen constitutivo de la servidumbre.

Tocante al predio sirviente, la inseparabilidad legal se reduce al caso de la enajenación del fundo, no al de la servidumbre misma, porque es imposible la transmisión de la carga ó gravamen. Es incomprensible, sería un absurdo jurídico, la transmisión de una cantidad negativa, de una resta, y esto representa la servidumbre respecto al predio sirviente, porque es una limitación, una disminución del derecho de propiedad de su dueño. Además, según queda expuesto, la inseparabilidad jurídica con relación al predio sirviente es efecto de la física: si el uso ó la limitación del uso de un predio exige un predio determinado, no es dable enajenarlo aisladamente, pues sería un uso ideal é ilusorio.

Con referencia al predio dominante, la servidumbre constituye un derecho, un bien, una cantidad positiva, algo, y esto ya es

enajenable por su naturaleza. Lo es el censo, la hipoteca, el usufructo y otros derechos, ¿por qué no lo es la servidumbre? Por la razón de que, así como el uso y la habitación son *personalísimos*, y aun también en su esencia el usufructo, y lo evidencia el que el Derecho romano y el de Partidas no admitían su cesión, y el Código (art. 480) declara que todos los contratos celebrados acerca del usufructo se resolverán al fin de él, la servidumbre es *realísima*, es inherente de tal manera al predio dominante, que fuera de él no tiene utilidad alguna. Se pueden enajenar los derechos de usufructo, censo ó hipoteca porque cada uno de ellos por sí representa alguna utilidad; pero no produce beneficio alguno la enajenación de una servidumbre de paso ó de desagüe á favor de persona ó de fundo distintos de aquel en cuyo pro se estableció. La servidumbre en el concepto legal y tradicional constituye un gravamen sobre un predio impuesto en consideración á otro; luego no cabe separarla de éste.

Al hablar de enajenación lo hacemos en sentido amplio, comprendiendo dentro de dicho concepto sus diversas especies, ó sea la venta, la hipoteca y el arrendamiento.

Si el derecho de servidumbre no puede venderse, aislada é independientemente del predio en cuyo favor se encuentra establecido, tampoco podrá ser objeto de hipoteca, modalidad de la enajenación. Acerca de este punto existe el precepto expreso del número 6.º del art. 108 de la ley Hipotecaria, conforme al cual no pueden hipotecarse las servidumbres, á no ser juntamente con el predio dominante, excepto la de aguas.

El Derecho romano prohibió expresamente la hipoteca de las servidumbres de los predios urbanos, y si bien admitió la de los rústicos, fué con algunas restricciones, pues sólo podía establecerse en pro de un fundo vecino, y si el deudor no pagaba en el plazo estipulado, la venta del predio gravado tampoco cabía verificarla sino en favor de otro inmediato. *Sed an viae, itineris actus aquaeductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servituvis creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahemtium admittenda est.* (*Dig.*, lib. X, tít. I. *De pignoribus et hypothecis*, ley 12.)

Las Partidas, después de asentar el principio de la no enaje-

nación de la servidumbre, admitían también dos excepciones en la ley XII del tít. XXXI de la Partida 3.ª, incluída en los precedentes legales; el caso en que lo consintiese el dueño del predio dominante y el de la servidumbre de aguas que naciesen de una heredad y regasen á otra: «*Ca éste á quien deuiessen tal servidumbre*—dice la citada ley—*bien podría el agua que fuesse ya venida á su heredad otorgarla á otro para regar campo ó viña que fuesse cerca de aquella suya*».

El Derecho moderno sólo establece una excepción: la servidumbre de aguas. ¿Cuál es el fundamento de esta excepción? La exposición de motivos de la ley Hipotecaria lo determina. Refiriéndose al precepto de la ley de Partidas, dice que no constituye una servidumbre sobre otra servidumbre, sino cesión por el dueño del predio dominante de una parte del agua que es ya suya desde el momento en que llegó á su destino.

Estas palabras expresan, en efecto, el fundamento de la prescripción del núm. 6.º del art. 108 de la ley Hipotecaria, pero demuestran á la vez que no hay hipoteca del de servidumbre de aguas, sino de las aguas; no del derecho, sino de la substancia líquida.

Según la ley de Partidas y la exposición de la ley Hipotecaria inspirada en ella, la supuesta hipoteca de la servidumbre de aguas concierne al derecho de afectar éstas cuando están ya en el predio dominante, es decir, cuando son ya propiedad del dueño de éste. Y es que cabe dudar, en vista de las consideraciones alegadas en el estudio del concepto de servidumbre, si la servidumbre llamada de aguas, esto es, el derecho de sacar agua del fundo ajeno, es servidumbre en sentido riguroso, puesto que no consiste en un uso ó en la limitación en un uso de la substancia de la cosa, inseparables entre sí, sino en el aprovechamiento, en la apropiación de una substancia especial, del agua, substancia ó materia líquida distinta de la finca misma, materia ó substancia sólida. Lo que se hipoteca en realidad son las aguas en sí, no el derecho á tomarlas.

Aparte de esto, debemos advertir que, en nuestra opinión, la servidumbre de aguas á que se refiere la ley Hipotecaria es, y únicamente puede ser, la voluntaria ó convencional de las aguas subterráneas, ó sea de las obtenidas por alumbramientos.

Hablamos así, porque las servidumbres de saca de agua y

abrevadero (artículos 555 y 556 del Código) tienen carácter público en cuanto sólo pueden imponerse por causa de utilidad general en favor de alguna población ó caserío y están destinadas al uso también público. Las aguas vivas, las que nacen continua ó discontinuamente en terrenos de dominio, público ó privado, son públicas desde que salen del predio donde nacen, y si antes de llegar á los cauces públicos, ó después de correr por ellos, entran naturalmente á discurrir por otro predio, el dueño de éste tiene derecho á aprovecharlas eventualmente, y sucesivamente los de los predios inferiores, según declara el art. 5.° de la ley de Aguas. En este caso no hay servidumbre, es decir, derecho á tomar las aguas de otros predios, porque éstos lo tienen ya por virtud de la ley, por cuanto que el dueño de aquel fundo en que nacen, ó aquel por el que discurren, debe permitir el paso de las aguas hasta que entren definitivamente en un cauce público. La servidumbre parece, pues, referirse únicamente al caso de aguas que no deben pasar forzosamente, por curso de la corriente y ministerio de la ley, á otros predios, sino que puede utilizarlas como quiera el poseedor del predio en que nazcan, ó sea, como hemos dicho, de las obtenidas por alumbramiento, de las que nacen por mano del hombre, no naturalmente.

Los Sres. Galindo y Escosura, en el comentario del núm. 6.° del art. 108 de la ley Hipotecaria (prohibición de hipotecar la servidumbre con independencia del predio dominante), después de expresar que esta prohibición deriva del principio de que no siendo enajenables las servidumbres *reales*, no son hipotecables, manifiestan que podrían admitirse algunas excepciones.

Son éstas—dicen—la hipoteca en favor del dueño del predio sirviente, porque si un edificio tiene á su favor la servidumbre de desagüe, la de luz ó no levantar más alto, no habría dificultad en que, así como pueden enajenarse, puedan hipotecarse, bastando para ello que al constituirse la hipoteca se fijase el valor de la servidumbre y su extinción en el momento en que por no pagarse el crédito se adjudicase al acreedor. Otro caso: la hipoteca servidumbres que pudieran aprovechar á otros predios distin- del dominante, consintiéndolo el del sirviente, como consti- ión á favor de un edificio de no edificar por el dueño de una sta extensión de terreno. Afirman los autores mencionados que este caso gozan del efecto ó utilidad de la servidumbre todos

los edificios contiguos; pero sólo—añaden—precariamente, ó sea en cuanto no se extinga por acuerdo de los dueños de los predios dominante y sirviente, y que no habría dificultad para que el dueño del predio dominante, con consentimiento del sirviente, hipotecase ese derecho á favor del dueño de edificios contiguos, y si no se le pagase el crédito, se le traspasara el derecho de impedir que edificase el dueño del predio sirviente.

Con el respeto debido á los distinguidos comentaristas de la ley Hipotecaria, cuyo mérito es notorio é indiscutible, diremos que los casos de hipoteca que presentan son ideales, son fantásticos, porque no hay en ellos ni puede haber hipoteca del derecho de servidumbre. Demostraremos nuestra afirmación.

El primer ejemplo se refiere á la hipoteca por el dueño del predio dominante á favor del sirviente de la servidumbre de estilicidio ó vertiente de tejados, de luz ó de no edificar, y parece aludirse al supuesto de que el poseedor del sirviente prestare una cantidad al del dominante y se estipulase que de no pagar el crédito se extinguiría la servidumbre. En nuestro entender, el criterio de los Sres. Galindo y Escosura es equivocado. En primer término, dichos comentaristas parten de un supuesto inexacto. Dicen que así como los derechos de servidumbre que mencionan *pueden enajenarse* por el dueño, pueden también hipotecarse. En efecto, si tales derechos fuesen susceptibles de enajenación, lo serían también de hipoteca, que es una modalidad, un concepto específico de aquélla; pero ya hemos expuesto que las servidumbres como derecho y como gravamen son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen, y esto mismo prescriben en la esfera jurídica el núm. 6.º del art. 108 de la ley Hipotecaria y el art. 543 del Código. ¿Qué precepto declara que las servidumbres son enajenables? Ninguno. ¿Por qué no admite la ley la hipoteca de las servidumbres? Precisamente por no ser enajenables. Luego queda destruída la afirmación de los Sres. Galindo y Escosura.

Con referencia ya al ejemplo presentado, manifestaremos que en él no hay hipoteca sino extinción de servidumbre más ó menos velada y encubierta, una redención condicional.

El contenido del pacto es éste: si el deudor (dueño del predio dominante) no paga la cantidad, importe de la deuda y representativa á la vez del valor de la servidumbre, ésta se adjudica al

acreedor (dueño del predio sirviente) y desaparece. Este pacto, repetimos, no tiene otro carácter jurídico que el de una redención, puesto que éste es su fin, no existiendo en él elemento alguno de la hipoteca.

No hay hipoteca porque falta un elemento esencial, un requisito fundamental de ella. Es de esencia en el contrato de hipoteca—dice el art. 1.858 del Código—que vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor, añadiendo el 1.859 que éste no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas.

La hipoteca es un contrato de garantía, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Así lo revela la naturaleza de la hipoteca y lo declara el art. 105 de la ley Hipotecaria. Como contrato de garantía mediante el cual pueda el acreedor cobrar el importe de la deuda, si no lo satisface el deudor, con el producto de la venta de los bienes, es condición esencial de este contrato que sea posible tal venta, para lo que á su vez es necesario que los bienes hipotecados sean susceptibles de enajenación por producir por sí alguna utilidad. Pueden hipotecarse, aunque con las restricciones inherentes á su naturaleza, el edificio construído en suelo ajeno, el usufructo, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes, porque constituyendo materia independiente de la substancia de la cosa, una sub-substancia que pudiéramos decir, ofrecen utilidad propia y son susceptibles de venta para con su importe pagar al acreedor.

Las servidumbres no tienen utilidad alguna por sí, ó sea separadas del predio dominante ó del sirviente, y por tanto, no pueden venderse, y no siendo posible la enajenación de la cosa inmueble ó del derecho real afectos al cumplimiento de la obligación, no hay hipoteca.

En el primer caso propuesto por los Sres Galindo y Escosura, cabría sólo suponer, según hemos indicado, la existencia de una redención indirecta, único aspecto bajo el que tendría validez el pacto, pues de querer darle el de garantía, resultaría un pacto comisorio, nulo con arreglo al antiguo y al nuevo derecho. Pacto comisorio, como es sabido, es aquel en virtud del cual si el deudor no paga la cantidad entregada, el acreedor hace suya la cosa

dada en prenda ó hipoteca. Pues bien: nuestros lectores observarán qué es el pacto de que hablan los Sres. Galindo y Escosura.

El caso segundo es el siguiente: hipoteca de la servidumbre, de no edificar por el dueño de un predio que goce de ella en favor del dueño de otra casa contigua á quien pueda favorecer aquélla (la servidumbre), con el consentimiento del dueño del fundo sirviente, estipulándose que si el deudor (dueño del predio dominante) no paga su crédito, se traspase la servidumbre al acreedor (dueño del predio contiguo).

Decimos lo mismo que respecto del caso primero. Aquí no hay hipoteca, ni puede haberla. Faltan igualmente los requisitos esenciales para la existencia de tal derecho.

La hipoteca requiere algo que tenga utilidad ó valor por sí mismo, por tener existencia propia é independiente, y las servidumbres, excepto la llamada de aguas, no disfrutan de una ni de otra con separación del predio dominante y del sirviente.

Y esto es indispensable, porque el fin de la hipoteca es garantir el cumplimiento de la obligación principal, mediante la venta de la cosa hipotecada entre los varios compradores que puedan presentarse, y sólo en su defecto la adjudicación al acreedor. Es de esencia en la hipoteca la prohibición de la adjudicación directa de la cosa hipotecada al acreedor y la necesidad de su venta en pública subasta para favorecer al deudor en cuanto así, por la concurrencia de licitadores puede conseguirse mayor precio en la enajenación. Contra esto iba el pacto comisorio, y de aquí su prohibición. Ahora bien: dentro de dicho pacto cabe comprender el segundo de los expresados por los Sres. Galindo y Escosura, puesto que, conforme á él, la servidumbre ha de adjudicarse á persona determinada.

Esto, en el supuesto de que fuere posible la hipoteca por la naturaleza de los bienes objeto de ella, que ya hemos hablado negativamente por no ofrecer substancialidad propia, ó sea independientemente del predio dominante ó del sirviente. Lo que hay en el caso presentado en segundo término por los distinguidos comentaristas de la ley Hipotecaria, es un pacto de *constitución* condicional de servidumbre, á la inversa del primero, que es de extinción. Según los mismos citados escritores, para el pacto de que se trata es necesario el consentimiento del dueño del predio sirviente; luego, repetimos, no es más que la constitución de

un derecho real á favor del dueño del edificio contiguo al que goza de la servidumbre, dependiente de que éste pague ó no la deuda.

Para terminar este punto de la enajenación, diremos que no siendo enajenables ni hipotecables las servidumbres, tampoco pueden ser arrendadas, pues el arrendamiento es sólo una enajenación temporal de la cosa. Se arriendan las cosas que ofrecen por sí alguna utilidad: rechazan el arrendamiento las cosas que, como las servidumbres, carecen de tal cualidad.

***

Pasemos al estudio de la indivisibilidad de las servidumbres, principio consignado en el art. 535.

La indivisibilidad es inherente á todo lo inmaterial. Lo incorpóreo, lo que no puede tocarse, es físicamente indivisible. De aquí se desprende que todos los derechos, reales y personales, son indivisibles materialmente. Sólo es susceptible de división física lo material y tangible, porque puede fraccionarse, partirse.

Pero á veces, lo que no es divisible materialmente puede serlo idealmente, por cuanto cabe considerarlo dividido en partes determinadas, y viceversa, lo que es susceptible de división física rechaza en ocasiones la efectividad de esta división. Así, el derecho al pago de una cantidad líquida no admite una división física por ser incorpóreo, y, sin embargo, en el caso de ser varios los acreedores ó los deudores, pueden partirse idealmente y considerar existentes varios créditos y varias deudas. Por el contrario, un semoviente, una máquina, una estatua, un mueble, un objeto artístico, un reloj, etc., puede ser dividido en porciones; pero la división supondría precisamente la destrucción de la cosa.

Infiérese de lo expuesto que, con relación á las cosas, cabe distinguir la divisibilidad é indivisibilidad física ó material, y la divisivilidad é indivisibilidad ideal ó jurídica, esto último porque, en efecto, la división abstracta se refiere á la esfera legal.

Estudiemos los principios generales expuestos con relación á las servidumbres. Éstas son indivisibles, según declara el artículo 535. ¿En qué concepto lo son? Hemos dicho que la indivisibilidad física es inherente á todo derecho, porque siendo incorpóreo no cabe dividirlo materialmente en partes; la servidumbre es derecho, luego es físicamente indivisible.

Pero existe además la indivisibilidad jurídica, y á ella se refiere el Código. De la lectura del art. 535 se desprende que su sentido es el de que la servidumbre, de igual manera que el censo y la hipoteca, grava sobre todo el predio sirviente, y sobre cada una de las partes en que pueda dividirse, y que la división del fundo dominante no produce alteración del derecho de servidumbre.

De la hipoteca se dice que es también indivisible, y el concepto de esta indivisibilidad se encuentra consignado, tanto en los artículos 122 y 123 de la ley Hipotecaria, como en la exposición de motivos de dicha ley. «La hipoteca—declara el art. 122—subsistirá *íntegra* mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido.» «Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario—preceptúa el art. 123—sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución—añade—podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez.»

La exposición de motivos de la ley habla en los términos siguientes, muy semejantes á los del articulado: «El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros como lo fué entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las Naciones, no puede ser objeto de disputa. Existiendo, por tanto, la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes, subsistirá *íntegra* mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantida, y permanecerá *íntegramente* sobre la parte de bienes que quede, en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es asimismo que cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también *íntegramente* sobre cada una de las nuevas fincas, á no ser que el deudor y el acreedor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida, y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo.»

De la indivisibilidad del censo se ocupa el art. 1.618 del Código, conforme al cual, «no pueden dividirse entre dos ó más personas las fincas gravadas con censo sin el consentimiento expreso del censualista, aunque se adquieran á título de herencia; pero si el censualista permite la división, se designará con su consentimiento la parte del censo con que quedará gravada cada porción, constituyéndose tantos censos distintos cuantas sean las porciones en que se divida la finca.»

Examinando con alguna detención los textos legales y la exposición de los motivos de uno de ellos, acabados de exponer, se verá que no es inexacto lo que dicen acerca de la llamada indivisibilidad del censo y de la hipoteca; á su vez, esto no puede implicar el principio de que uno y otro derecho sean indivisibles. La indivisibilidad de que hablan el art. 1.618 del Código civil con referencia al censo y el 122 de la ley Hipotecaria con relación á la hipoteca, no es absoluta y permanente, sino relativa y accidental, puesto que puede desaparecer. Es cierto que la división de las fincas gravadas con censo ó hipoteca no lleva consigo la división de estos derechos, y en tal sentido se reputan indivisibles, pero también lo es que el crédito hipotecario ó censal, y consiguientemente los derechos de censo é hipoteca, pueden dividirse por voluntad del acreedor y del deudor. Ahora bien: lo que puede dividirse física ó jurídicamente no cabe estimarlo indivisible en el rigorismo filosófico. Y como el censo es un derecho representativo de un crédito, y la hipoteca derecho de garantía de un crédito principal, siendo los créditos divisibles, dedúcese lógicamente que tienen que serlo también ambos derechos.

Con sujeción, pues, á la más pura crítica, la llamada indivisibilidad del censo y de la hipoteca, es un estado jurídico relativo, una indivisión que puede desaparecer, que más bien debiera denominarse integridad si quiere designársela especificamente, y que de no hacerlo así cabe considerarla comprendida dentro del concepto genérico de la inherencia ó inseparabilidad. La ley Hipotecaria, en su art. 122, y la exposición de motivos, de lo ue hablan es de la integridad de la hipoteca, del derecho á exir íntegro el crédito, aunque se dividan las fincas gravadas, ientras aquél no se distribuya entre ellas. Este mismo conpto de la integridad es el expuesto de manera expresa con

relación á las servidumbres por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Noviembre de 1892, que estudiaremos en lugar oportuno, en cuanto dice que el principio de la indivisibilidad tiene por objeto mantener en su *originaria integridad* el gravamen en que consista la servidumbre, aun en el caso de dividirse entre dos ó más el predio que las disfruta ó el que las sufre.

Conviene sentar también que la cuestión de la divisibilidad ó indivisibilidad se presenta con referencia á los derechos y á las obligaciones, cuando existe concurrencia de personas, cuando hay pluralidad de sujetos con derecho á determinada unidad jurídico-económica, en una palabra, en el caso de comunidad ó copropiedad de bienes. Si una ó varias cosas son propiedad de una persona, no hay para qué decidir si aquéllas son ó no divisibles; esta cuestión surge cuando la cosa ó cosas pertenecen á dos ó más individuos.

En los derechos reales, como éstos recaen sobre la cosa, la cuestión de la indivisibilidad nace también cuando la cosa se fracciona en partes, y de ello es prueba la indivisibilidad del censo, de la hipoteca y de las servidumbres.

Aparte ya de toda especulación, en el terreno meramente legal, la indivisibilidad del censo y de la hipoteca es la cualidad inherente á tales derechos de afectar á todas y cada una de las nuevas fincas en que se divida el fundo sobre la que primitivamente se constituyeron aquéllos, y, por tanto, la facultad de repetir contra todas las nuevas fincas, en tanto no se distribuya entre ellas el crédito hipotecario ó el capital censal. Veamos la indivisibilidad de las servidumbres.

De la simple lectura del artículo que de ella se ocupa se deduce que tal cuestión se refiere también al caso de la división del predio dominante y del sirviente. Si el predio sirviente se divide entre dos ó más, la servidumbre, dice el art. 535, no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si, por el contrario, es el dominante el predio que se divide, cada porcionero—añade—puede usar por entero de la servidumbre. Estudiemos, pues, la indivisibilidad de la servidumbre con relación al predio sirviente, y al dominante en parangón con la del censo y de la hipoteca.

Ante todo, procede estudiar el texto del art. 535 del Código civil.

Cuando se divide el predio sirviente, cada uno de los poseedores—expresa el citado artículo—tiene que tolerarla en la *parte* que le corresponda.

Luego si hay tantas *partes* de la servidumbre como predios, no es lícito hablar de la indivisibilidad de ella. Es indivisible lo que no está fraccionado ó partido.

Se dirá que si bien cada dueño del predio sirviente tiene que tolerar la servidumbre en la parte que le corresponda, la servidumbre sigue siendo la misma; pero á esto cabe oponer que sucede exactamente lo propio en la división del censo ó de la hipoteca.

Cuando se distribuye voluntariamente el crédito hipotecario ó censal, claro es que el crédito es el mismo de antes; pero se ha dividido porque no hay ya un solo deudor que debe pagarlo íntegro, en su totalidad, sino que cada uno de los deudores debe pagar su *parte*. Ya no es crédito indiviso, un todo, sino varios créditos, varias partes de ese todo. Y bien claramente lo expresan la exposición de motivos de la ley Hipotecaria en cuanto á la hipoteca, y el art. 1.618 respecto del censo, al declarar que por la distribución voluntaria del crédito entre las porciones de la finca nacen tantos censos y tantas hipotecas respectivamente como porciones en que aquélla se divida.

Pues bien: esto acontece, repetimos, en la servidumbre. La división del predio sirviente trae consigo una distribución *forzosa* de la servidumbre, impuesta por la naturaleza de este derecho, porque el poseedor del predio sirviente sólo debe tolerarla en la parte correspondiente, y el del dominante tampoco puede ejercitarla contra él sino en la proporción correlativa, del mismo modo que cuando se divide el crédito hipotecario ó el censal, el dueño de él goza de idéntico derecho que antes de la división; sumados los créditos resultado de ella, es acreedor de cantidad igual á la anterior al fraccionamiento, pero sólo puede repetir contra el poseedor de cada una de las porciones de la finca, por la suma que se haya establecido, la única que debe.

La originaria integridad del gravamen, que es lo que constiye la llamada indivisibilidad, padece indudablemente una alración. En rigor, la servidumbre se fracciona porque en vez de predio sirviente hay varios, y si existe la inherencia á la finca, llano que con la finca va el segmento de servidumbre; de

suerte que á tres predios, tres segmentos de servidumbre. Ésta no conserva su primitiva integridad, puesto que en vez de una existen varias que se ejercen independientemente.

Laurent expone opinión análoga á la nuestra, aunque no la fundamenta, porque dice que la división del predio sirviente produce el mismo efecto de haber varios fundos, consiguientemente tantas servidumbres, cada una de las cuales puede ser extinguida.

Encontramos consignado ya este criterio en la legislación alfonsina en la ley 18 del tít. XXXI, Partida 3.ª, la cual, con referencia al caso de que perteneciese á varios una casa ó heredamiento en calidad de predio dominante, dice que si partiesen la cosa y después uno de ellos cesase de la servidumbre y el otro no, por el tiempo necesario, la perdería, porque no le aprovecha el uso del otro, como sucede en el caso de no división de la cosa; «*e esto es*—añade—*porque* ante que sea partida la cosa es la servidumbre *una... mas despues que la cosa parten non es assi, por ende el que non usa de su parte... piérdela*».

El examen de las principales servidumbres confirma lo dicho acerca de la inexistencia de la indivisibilidad.

Comencemos por la de estribo de presa. Si el predio sobre el que existe la servidumbre se divide en dos, cada uno de ellos tiene que sufrir el gravamen en la parte que le corresponda. Pero si bien se mira lo que ocurre, es que nace una nueva servidumbre. Pruébalo el que, á partir de la división del predio sirviente, surge una relación jurídica, distinta é independiente, entre los dueños de las partes de aquél, ó sea los nuevos predios y el del dominante. El poseedor de éste tiene acción contra cada poseedor de los nuevos predios sirvientes, independientemente del otro, para conseguir el ejercicio de la servidumbre. Así, podrá hacer á su costa en cada uno de los predios las obras necesarias para la conservación de la servidumbre (art. 543). A su vez, cada uno de los dueños de los predios sirvientes, por sí, aisladamente, no mancomunadamente, podrá usar de los derechos consignados en el artículo 545, en cuanto lo permita la naturaleza de la servidumbre.

No cabe tampoco dudar que cada uno de los dueños del predio sirviente, con separación del otro, puede extinguir la servidumbre que grave sobre su finca; extinción imposible si no constituyera *un* gravamen especial, porque tendrían que acordarla solidariamente los poseedores de los dos predios.

Es, pues, inconcuso que al dividirse el predio sirviente nacen *ipso facto* tantas servidumbres cuantos sean los predios en que aquél se divide. Y es que sucede lo mismo, según ya hemos expuesto, que en el caso de la distribución del crédito hipotecario ó censal. El derecho del acreedor no se altera, permanece intangible, pero los créditos, resultado de la distribución, son independientes entre sí; no hay lazo alguno entre ellos, no hay solidaridad entre los deudores, y por esto puede ser modificada y extinguida la deuda por cada uno de ellos, con completa independencia de los demás.

Estas consideraciones no son especiales de la servidumbre de estribo de presa, son generales, y se presentan aún con mayor claridad y relieve con relación á otras servidumbres. Tal sucede con la de luces y vistas y la de vertiente de tejados.

Supongamos que un edificio tiene una servidumbre de las indicadas sobre un patio ó jardín, y que éste se divide en dos fincas, de manera que sobre cada una de ellas estén abiertos uno ó más huecos ó viertan uno ó más canalones. Claro es, que el derecho del poseedor del predio dominante no sufre alteración alguna en su esencia é integridad, no se divide; lo que sucede, como se ha expuesto, es que surgen tantas servidumbres cuantas sean las fincas en que se fraccione la primitiva, y por tanto, que goza cuantitativamente de otras tantas servidumbres. Así, dicho poseedor del fundo dominante tendrá una servidumbre sobre cada una de las partes del patio ó jardín, puesto que le liga una relación jurídica con cada uno de los nuevos dueños, no solidaria, sino individualmente. Lo demuestra la consideración de que puede extinguirse el gravamen con relación á uno de los predios sirvientes y subsistir respecto del otro, particular imposible si constituyesen realmente un solo y único gravamen. Insistiendo sobre el ejemplo de la divisibilidad del censo ó de la hipoteca, diremos que se verifica un hecho análogo toda vez que el acreedor que antes de la división poseía un solo crédito, por efecto de ella, poseerá luego tantos créditos como deudores.

Con mayor evidencia ofrécese la veracidad de nuestro criterio á las servidumbres de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Si, conforme al art. 590, no pueden ejecutarse determinadas construcciones cerca de una pared ajena ó medianera sino á la distancia determinada por los

reglamentos, usos del lugar ó con sujeción á las precauciones prescritas por dictamen pericial, es claro que existe tal restricción respecto de todas las fincas que linden con la pared ajena ó medianera. Por tanto, si existe un patio ó corral lindante con una pared perteneciente á otro propietario, y el corral ó patio se divide en dos ó más partes, nace *incontinenti* para cada uno de los poseedores de ellas, con independencia de los otros, la restricción á que alude el art. 590. El dueño de la pared puede, renunciando su derecho, tolerar al de una parte del patio que edifique á menor distancia de la permitida, y prohibírselo al propietario de la otra, lo cual prueba que son gravámenes completamente distintos. Y lo mismo acontece en el caso del art 591, referente á las plantaciones. Tantas cuantas sean las heredades colindantes con otra, tantas son las facultades que corresponden al poseedor de esta última heredad para impedir á los de aquéllas que planten á menor distancia de la fijada por la ley. De aquí que, si una de las heredades se divide, resultado de la división será el nacimiento de una nueva limitación, ó, lo que es igual, una restricción, un gravamen por cada finca, del mismo modo que la división del crédito entre varias fincas, determina el nacimiento de tantos créditos como fincas. En tal caso, no hay un crédito solo é indiviso, sino varios. El derecho de servidumbre, mejor dicho, el derecho del dueño del predio dominante, permanece íntegro, indivisible, á pesar del fraccionamiento del sirviente, es cierto; pero de esta segmentación resultan como producto tantas servidumbres cuantas sean las nuevas fincas.

Refiriéndose al predio dominante, el inciso segundo del artículo 535 determina que, si se divide entre dos ó más personas, cada porcionero puede usar *por entero* de la servidumbre.

La noción de la indivisibilidad con relación al predio sirviente acabamos de exponerla, deduciéndose de nuestras afirmaciones lo erróneo de tal concepto. En cuanto al fundo dominante, demostraremos igualmente la equivocación que, en nuestro sentir, sufren los Códigos al proclamar en absoluto el principio de la indivisibilidad.

Conviene no olvidar nunca que la indivisibilidad de la servidumbre concierne al caso de la división de los predios entre dos ó más personas, al ejercicio del derecho de servidumbre por una pluralidad de sujetos. Pues bien: tratándose del predio domi-

nante, ó sea del derecho de servidumbre, lo primero que conviene determinar es si el fraccionamiento del predio dominante origina ó no una comunidad de derecho.

Para esto, lo mejor es examinar cada una de las servidumbres de interés privado de que habla el Código.

Encuéntrase en primer término (art. 552) la servidumbre de los predios inferiores de recibir el agua que descienda naturalmente de los superiores, así como la tierra y piedra que arrastre. Puede muy bien suceder que al dividir el predio superior, la corriente de agua atraviese uno solo de los nuevos predios, en cuyo caso, únicamente al dueño de éste compete el derecho de servidumbre, ó que dicha corriente atraviese sucesivamente los varios predios resultado de la división, caso en el que no habría servidumbre de todos los predios sobre el que era inferior con relación al primitivo superior, sino de cada uno de los nuevos con el situado debajo ó á seguida de él. Sólo, pues, en el supuesto de que la corriente descendiese simultáneamente de todos los predios divididos sobre el inferior, supuesto harto difícil de encarnar en la realidad, es cuando cabría estimar aplicable el precepto del inciso segundo del art. 535.

No hay para qué ocuparse al presente de las servidumbres contenidas en el art. 553, porque en el rigorismo jurídico no requieren un predio dominante en favor del cual se establezcan, y si se considera como tal predio el río, éste, como de propiedad pública, no es susceptible de división. Por tanto, la divisibilidad ó indivisibilidad de las servidumbres es cuestión extraña á las de uso público en interés general de la navegación y á la de camino de sirga.

El predio dominante en la servidumbre de estribo de presa (artículo 554) es aquél en cuyo beneficio se construye la presa para el aprovechamiento de determinadas corrientes de agua. Es de suponer que, á pesar de la división del predio dominante, el agua aprovechará á los nuevos predios. En este caso, si bien se observa, lo que hay es comunidad del derecho de aprovechar las aguas de la presa y comunidad de esta construcción; por consiiiente, cada uno de los comuneros podrá servirse por entero de das las cosas comunes, de las servidumbres en una palabra. comunidad del derecho de servidumbres acusa necesariante indivisión de las mismas; de manera que la indivisibilidad la servidumbre no es requisito de ésta, sino de la comunidad.

Convence de ello el estudio del particular que nos ocupa, en parangón con el del crédito hipotecario ó censal. Ya hemos visto la analogía existente entre el caso de la distribución voluntaria del crédito entre varias fincas y el de la división del predio sirviente, equivalente á una distribución del gravamen forzoso, ó sea impuesta por la naturaleza de la servidumbre. La servidumbre, como gravamen ú obligación de naturaleza real, cuando se divide el predio sirviente se distribuye entre las varias partes de éste, de igual manera que la deuda entre los deudores.

Trátase ahora de la servidumbre con referencia al predio dominante, ó sea como derecho, caso equivalente al del crédito hipotecario ó censal respecto al acreedor, no al deudor. Cuando hay un solo acreedor, el crédito le pertenece por entero; pero desde el momento en que son varios, pueden serlo mancomunadamente, simple ó solidariamente

En el primer caso, cada acreedor es propietario de un crédito determinado, distinto é independiente de los demás acreedores; hay tantos créditos como acreedores, y cada uno de éstos sólo puede repetir contra el deudor por el importe de su crédito, por la parte del total á él perteneciente. Pero si son solidarios, entonces cada uno, sí, tiene acción para repetir por entero, ó sea por la totalidad del crédito. Existe en puridad comunidad de crédito, y, por tanto, indivisibilidad del derecho, y su ejercicio es solidario.

Esto ocurre asimismo en el derecho de servidumbre. Si, por consecuencia de la división del predio dominante, se origina entre los poseedores de las porciones de éste una comunidad del derecho de servidumbre, se ejercitará por entero, ó sea indivisiblemente. Si por la naturaleza del derecho de servidumbre de que se trate no nace la comunidad, y sí tantos derechos como porciones del predio dominante, habrá divisibilidad de la servidumbre, y cada poseedor la ejercitará, no por entero, sino en su parte correspondiente.

De las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero no cabe ocuparse en el sentido que lo hacemos ahora, porque aun reputándose de modo indirecto predio dominante la población ó caserío, ninguno de éstos puede dividirse.

De la servidumbre de acueducto, repetimos lo dicho respecto de la de estribo de presa. Si las aguas aprovechan solamente á

uno de los predios en que se haya dividido el dominante, ó sea el que utilice las aguas, no hay cuestión, porque él sólo usará del acueducto; pero si, según es lógico pensar, el agua aprovecha á todos los predios, surgirá una comunidad de derecho de aprovechamiento del agua, y consiguientemente del medio por el que viene ésta, ó sea el acueducto. Esto es irrefutable: son varias las personas á quienes pertenece el derecho de aprovechar el agua y pasarla para ello por los predios ajenos; siendo el derecho común á todas ellas y no suceptible de división material, claro es que todos pueden y tienen que ejercitarlo por entero, ó lo que es igual, proindiviso, característica de la comunidad. Y es que, en los casos en que hay comunidad de servidumbre es por tratarse de un derecho que no admite división, por existir pluralidad de sujetos y unidad permanente del objeto. La comunidad es forzosa.

En la servidumbre de paso, aparte de la situación en que queden unas fincas respecto de otras, que puede acaso determinar el nacimiento de una servidumbre de igual naturaleza entre algunas de aquéllas, es indudable que sus dueños tienen derecho á pasar por el predio sirviente hasta llegar á camino público.

En este caso no existe la comunidad de que hemos hablado con respecto á las servidumbres de estribo de presa y de acueducto, porque falta un requisito esencial, la unidad del objeto, y por eso no hay tampoco la indivisibilidad á que quiere referirse el párrafo segundo del art. 535.

Es cierto que, aunque el predio dominante se divide, no se fracciona la servidumbre en las partes en que el expresado predio. Por tanto, cada porcionero, ó sea el poseedor de cada una de las nuevas fincas, no goza de un tercio, un cuarto, etc., de servidumbre, y por el contrario, ejercita un derecho por entero, pero no es porque gocen de un único derecho de servidumbre, común por ende á todos, caso en el que existiría propiamente la indivisibilidad, sino porque coexisten tantas servidumbres como fincas. Resultado de la división del predio dominante en la servidumbre de paso, es el nacimiento de tantas servidumbres como fincas, no por la divisibilidad, sino por la multiplicación.

Desde el instante en que varias personas tienen derecho á una cosa, ésta les pertenece por partes, ya determinadas física ó materialmente, ya ideales ó abstractas como en la comunidad,

según lo declara el art. 399 del Código, si bien en este caso pueden todos los partícipes ejercitar por entero su derecho, ó sea sobre la totalidad de la cosa común en cuanto al disfrute de ésta. Ahora bien: en la servidumbre de paso no existe comunidad, según hemos expuesto, cuando se divide el predio dominante, estado jurídico que permitiría únicamente el uso por entero que dice el art. 535 en su segundo inciso; luego este goce por entero sólo encarna en un derecho íntegro por sí mismo, ó sea, aceptando que por virtud de la división corresponde un derecho de servidumbre á cada poseedor de los nuevos predios, distinto é independiente de el de los demás.

Y así es. Entre cada poseedor de las nuevas fincas y el de la sirviente, media, en nuestro entender, una relación jurídica especial, tantas relaciones jurídicas, tantas servidumbres como predios dominantes, ó aun mejor, como poseedores (pues un mismo sujeto pudiera poseer dos ó más), no una relación general y común á todos. Demuéstralo el que pueden extinguirse separadamente, es decir, una por una, dichas relaciones, ó sea cada una de las servidumbres, hecho jurídico imposible si constituyesen una unidad jurídica, una sola servidumbre. Si el poseedor del predio sirviente adquiere uno de los varios dominantes, ó, viceversa, un poseedor de éstos compra aquél; si alguno de los dominantes deja de ejercitar el derecho durante veinte años; si con relación á cualquiera de los mismos llega el día ó se realiza la condición, por ejemplo, hasta que el poseedor construya un camino, etc., ó si adquiere una finca que esté contigua á camino público (modo de extinción especial de la servidumbre de paso, art. 568), es inconcuso que en cada uno de estos supuestos la servidumbre se extinguirá en cuanto al poseedor ó poseedores del predio dominante á quienes comprenda, no á los restantes; lo que no ocurriría si fuese una misma y única servidumbre. En este supuesto, ó se extinguiría para todos, ó mejor aún, no se extinguiría con relación á ninguno. La comunidad implica la solidaridad, y lo muestra el art. 548, declarativo de que el ejercicio de la servidumbre por uno de los comuneros del predio dominante impide la prescripción respecto de los demás.

La servidumbre de paso, por su naturaleza, es en este punto una excepción de la regla general. Consistiendo en el derecho de pasar por el predio sirviente, no admite división ni real ni ideal;

es decir, no cabe que uno de los poseedores del nuevo predio dominante tenga el derecho de paso hasta determinado sitio del sirviente, y otros desde aquí en adelante por ejemplo, sino que los varios poseedores de los diversos predios dominántes tienen derecho á pasar por *todo* el predio sirviente. Hay, pues, según hemos dicho, multiplicación de la servidumbre, porque un número, denominado multiplicando (derecho de servidumbre, uno) se le hace tantas veces mayor como unidades tenga otro, multiplicador (predios resultados del fraccionamiento, dos, tres, etcétera), al revés de la división, en la que un número llamado dividendo se parte por otro denominado divisor. De aquí que el resultado de la división, el cociente, sea totalmente menor, en cantidad, que el dividendo; es una fracción ó parte de él, en tanto que en la multiplicación el producto es siempre mayor que sus factores.

En la servidumbre de vertiente de tejados, por ejemplo, si el predio dominante se divide en dos ó más partes, como el dividendo, ó sea el derecho es *uno* (un derecho), número indivisible, resultará que cada uno de los nuevos poseedores obtendrá una fracción de esa unidad, ó sea una mitad, una tercera parte. Y así habrá de suceder porque cada poseedor de las nuevas porciones de la finca ejerce sólo el derecho en la parte á él perteneciente. En la de paso, por el contrario, cada poseedor de una de las porciones del dominante ejerce el derecho en su totalidad, es decir, con igual extensión que antes del fraccionamiento, lo cual sólo puede ocurrir en el caso de una multiplicación.

La división, como lo indica su concepto, exige fraccionamiento, y por tanto, partes, inferiores cuantitativamente al todo; si no sucede así, si cada elemento del producto es igual al factor existente, hay multiplicación. Y en la servidumbre de paso se verifica una multiplicación jurídica en el caso del fraccionamiento del predio dominante, porque cada nueva servidumbre se ejerce íntegra y totalmente por sí, con la misma extensión que antes se ejerciera la originaria ó preexistente.

Siguiendo el orden del Código en la enumeración de las servidumbres, encontramos la de medianería. Adelantando ideas, mos aquí que no aceptamos el concepto de servidumbre que el igo aplica á la medianería, la que nosotros reputamos sólo es- e del género comunidad por las consideraciones que expon-

dremos al estudiarla. La servidumbre de medianería propiamente tal, existe jurídicamente, según nuestro criterio, en el caso opuesto á los que presenta el Código, ó sea cuando perteneciendo á una persona la pared de una casa, otra persona, el poseedor del edificio lindante, haya adquirido el derecho de apoyar éste en ella. En tal supuesto, si el predio dominante se divide entre varias personas, adjudicando á cada una de ellas un piso (caso del art. 396), existirá la comunidad del derecho de servidumbre, á tenor del espíritu de dicho artículo, que declara comunales las partes del edificio de uso común, y cabe estimar que todos usan por entero de la servidumbre. Pero si por la construcción del edificio pudiera dividirse en dos ó más partes, cada una de las cuales se apoyare en el edificio contiguo, entonces la servidumbre originaria ó primitiva se dividiría en tantas cuantas fuesen las nuevas fincas, porque cada uno de los dueños ó poseedores de éstas, independientemente de los otros, tendría derecho á apoyar la edificación, no sobre la totalidad de la pared, sino sobre la parte á él correspondiente. El principio de la indivisibilidad sufre, pues, aquí otra infracción, porque cada porcionero no puede usar por entero la servidumbre, como dice el repetido inciso 2.° del art. 535, sino sólo en la parte correspondiente á su finca. Aquí la división material del predio dominante produce la división de la servidumbre.

Lo mismo ocurre en la de vistas propiamente tal, esto es, en el caso del art. 585 del Código. Supongamos que un edificio tiene derecho de vistas directas sobre la propiedad colindante, derecho que lleva consigo el de impedir que edifique su dueño á menos de tres metros de distancia, y que el edificio se divide verticalmente, por decirlo así, entre dos personas, de manera que la mitad de la finca pertenece á cada una.

Al dividirse la finca, es de suponer que correspondan á cada nueva porción huecos distintos, signos de la servidumbre. Pues bien: parécenos que el dueño de cada uno de los predios tendrá derecho á gozar de vistas directas sólo sobre la *parte* de propiedad colindante situada frente á los huecos de su edificio, y el de impedir edificar ó levantar más alto únicamente en esta misma extensión de terreno. Si la ley prohibiese en absoluto edificar, aún cabría sostener que el dueño de una de las fracciones del primitivo predio dominante podría oponerse á edificar en toda

extensión del sirviente; pero teniendo aquél sólo derecho á gozar de vistas *directas,* no en radio, que pudiéramos decir, claro es que sólo le tiene también para impedir la edificación directa, esto es, la que se trate de construir frente á su casa. La línea, ya real, ya ideal, que divide en dos el predio dominante, originario, se prolonga, *en nuestro sentir, por el sirviente,* al que divide también idealmente. El poseedor de cada fracción de casa sólo tiene derecho de vistas sobre el área del sirviente situada frente á su propiedad, y ésta termina donde comienza la de su colindante.

Por consiguiente, en tal caso la división del predio dominante lleva consigo la de la servidumbre, porque cada uno de los poseedores de las porciones sólo la ejerce por los huecos existentes en su finca, por su parte correspondiente, no por entero, ó sea por todos los que en conjunto tenga el predio dominante, que es la característica de la indivisibilidad, consecuencia de la comunidad. Mencionando una vez más la razón fundamental de analogía, base de nuestro criterio, diremos que la división del edificio dominante lleva inherente en este caso la de la servidumbre, como la del crédito hipotecario supone la distribución de la hipoteca.

Otra cosa sería si, por ejemplo, el derecho de vistas se manifestase por un hueco común á todo el edificio que no admitiese división material. En este supuesto, si se dividiera la finca ya ideal ya materialmente, como no podría fraccionarse el signo expresivo del derecho de vistas, resultaría que cada uno de los fraccionarios podría ejercitar por *entero* el citado derecho, es decir, indivisiblemente, y lo mismo habría de ocurrir si además de los huecos inherentes á cada fracción existiese uno común, según se ofrece en la realidad; por ejemplo, para dar luz á una escalera. Comprueban estas consideraciones lo que hemos dicho con repetición, de que la indivisibilidad de la servidumbre, cuando el predio dominante se divide, es efecto de una causa, consiguiente de un antecedente: la comunidad del derecho constitutivo de la servidumbre. Si hay comunidad, hay indivisibilidad; si no, hay multiplicación ó división, esto es, tantas servidumbres como fincas; fundos jurídicos íntegros é iguales en cantidad á la servidumbre originaria en el primer caso: cociente, ó sea producto inferior, servidumbre de menor extensión que la primitiva, en el segundo.

servidumbre de vertiente de tejados, el derecho de verter

aguas en el fundo ajeno, caso precisamente opuesto al del artículo 586, ó sea el de impedir que las aguas pluviales del fundo ajeno caigan sobre el suelo propio, admite razonamientos idénticos á la de vistas. Al dividirse el edificio dominante, es indudable que la servidumbre se divide, porque cada uno de los dueños ó poseedores de las porciones sólo podrá ejercitarla en la *parte* á él correspondiente. Habrá tantas servidumbres como predios, gozando cada una de vida propia é independiente, según lo evidencia el que cada poseedor tendrá acción directa y particular, no solidaria con los demás para todo lo referente á la vida de la servidumbre respectiva. El poseedor del predio sirviente y el de cada uno de los nuevos dominantes pueden variar ó modificar, independientemente de los otros, la forma de ejercicio de la servidumbre, y pueden asimismo, sin relación con ellos, extinguir la servidumbre, particulares imposibles ambos, si ésta fuese una é indivisible. Si, por el contrario, la vertiente de tejados se ejercitare por un conducto único, aunque se divida el edificio dominante, como aquél no es divisible, la servidumbre se ejercitará en común, y por ende, indivisiblemente.

Esto en el caso de que se suponga partido el edificio verticalmente, puesto que si se divide en pisos, rige el precepto del artículo 396, que declara común el tejado, y por consecuencia, la servidumbre se ejercitará también en común, ó sea indivisiblemente.

Refiérese el art. 588 á la servidumbre de desagüe de las aguas pluviales que caigan en el patio ó corral de una casa enclavada entre otras. Aun cuando la casa á que pertenezca el patio ó corral se divida, es de suponer que éste no se dividirá, por ser su objeto proporcionar luz y aire para todos los comuneros, y en tal supuesto, siendo el patio ó corral común, la servidumbre inherente á él será también común. La consecuencia es lógica y sabida: se ejercitará por entero, ó sea común ó indivisiblemente. Puede acontecer, sin embargo, que el patio ó corral se divida en partes determinadas, y en este caso, creemos que no hay ejercicio común ó indivisible de la servidumbre, sino tantas servidumbr como partes del patio ó corral, que se ejercitarán, sí, por entei por virtud de la naturaleza especial del derecho de desagüe.

A primera vista parece inexacta esta afirmación, y á nosotr así nos ocurrió; pero examinándola mejor, cámbiase de criteri

hay que inclinarse al expuesto. Que son varias servidumbres, con existencia jurídica independiente cada una de ellas, lo proclama el razonamiento alegado con repetición de que su extinción es individual, no solidaria. Si el dueño de una de las partes del patio ó corral, por la adquisición de una finca contigua diese salida por ella á las aguas pluviales que cayesen sobre su parte, y renunciase á la servidumbre, se extinguiría su derecho, pero no el de los demás. Asimismo podrá uno de los dueños convenir en que se extinguirá la servidumbre cuando se realice un hecho, la construcción de un conducto de desagüe por otra finca, mas no podrá pactar la extinción de la servidumbre de los otros dueños que gozan de ella. Esto prueba que es individual, que hay un derecho de servidumbre propio de cada poseedor de la parte del patio, no una servidumbre común á todos. Además, el dueño de la finca gravada con la servidumbre de desagüe puede adquirir una de las partes del patio ó corral, é *ipso facto* terminará la servidumbre con relación á esta parte, ya que se sirve de ella como de cosa propia, continuando en cuanto á los otros poseedores; lo que no sucedería si fuese una servidumbre, puesto que se extinguiría totalmente.

Es inconcuso que hay tantas servidumbres como porciones del patio ó corral: lo es también que, á pesar de la división del predio dominante, el poseedor de cada una de las nuevas porciones puede ejercitar el derecho de servidumbre en extensión igual al poseedor del predio dominante indiviso; luego la existencia de la pluralidad de servidumbres no es resultado de una división, que supone disminución, desmembramiento, cociente, ó sea cantidad inferior al dividendo, sino multiplicación, que indica crecimiento, aumento. Y es que acontece en esta servidumbre lo que con la de paso, entre las que reina una íntima analogía, porque, bien mirado, la de desagüe no es ni más ni menos sino servidumbre de paso de agua. Como la servidumbre consiste respectivamente en el derecho de pasar, las personas, caballerías ó carruajes, ó el agua, por la finca sirviente, este uso es indivisible. y cuando se divide el predio dominante, ocurre que se adjudica á cada uno de los poseedores de las nuevas porciones el derecho de paso por toda la extensión del predio gravado, no por parte determinada. Se multiplica, pues, jurídicamente la servidumbre, pero no se divide ó fracciona.

Quédanos por estudiar (de las servidumbres privadas, que son las únicas que hemos de examinar por referirse al derecho civil) las de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

El poseedor de una finca urbana tiene derecho á exigir al de la contigua, que al ejecutar ciertas construcciones guarde determinadas distancias y practique las obras de resguardo que sean necesarias, y el de una finca rústica, que el colindante no plante árboles sino á la distancia que fija la ley. Si el predio dominante se divide en varias partes, nacerán tantas servidumbres cuantas sean las que de aquéllas linden con la finca ajena, por la razón tantas veces consignada de que el derecho de cada uno de los poseedores de las partes es independiente de el de los demás. Así, si uno, renunciando á su derecho, permite que el poseedor de la finca ajena construya ó plante á menor distancia de la legal, esta renuncia afectará únicamente á su derecho, no al de los restantes, los cuales por sí, con separación unos de otros, podrán seguir ejerciendo su derecho en la finca de su propiedad. Es aplicable, por último, el ejemplo tantas veces presentado de la posibilidad de la extinción parcial que demuestra á todas luces la individualidad de las nuevas servidumbres, que no son en este caso partes de un todo, sino una unidad jurídica, un derecho autónomo, no subordinado al de otras personas.

En apoyo de nuestra opinión podemos citar la de Laurent. Debiéndose la servidumbre á cada porción del fundo, cada una de éstas—dice—se convierte en un fundo dominante. Esto no es agravar la condición del fundo sirviente; al contrario, desde cierto punto de vista se trueca en más favorable, porque habiendo tantos fundos dominantes como porciones, hay también otras tantas servidumbres, de donde resulta que cada una puede extinguirse. En este sentido—manifiesta—cabe decir que se mejora la condición del fundo sirviente, puesto que puede librarse de parte de la carga que pesa sobre él.

Para terminar el estudio de la indivisibilidad en relación con el predio dominante, diremos que el inciso segundo del art. 535 prohibe, en el caso de la división de aquel predio, alterar el lu del uso de la servidumbre ó agravarla de otra manera.

La lógica de la prohibición es harto evidente. Ya se entie que la servidumbre originaria se mantiene en su integridad

que aquélla se fracciona ó multiplica, con relación al predio sirviente, el gravamen sigue siendo el mismo y no es posible modificarlo. Esto equivaldría á la constitución de una servidumbre distinta de la primitiva, es decir, á la muerte de la servidumbre raíz, digámoslo así, y al nacimiento de otras, no á la continuación de la orgánica, ya en su totalidad, ya en varias partes ó fracciones, que sumadas den por producto aquélla. Con más claridad, y esto prueba lo dicho por nosotros de que la división del predio dominante atañe al ejercicio de la servidumbre: el artículo quiere decir que ésta ha de seguir ejercitándose de igual modo que antes de la división.

Si se intentare sintetizar la doctrina de la indivisibilidad de la servidumbre, cabría establecer las siguientes afirmaciones:

a) La indivisibilidad física es cualidad esencial de todos los derechos, tanto reales como personales, puesto que á ella se opone fatalmente su incorporalidad.

b) La indivisibilidad jurídica de los derechos reales en su más amplia acepción, tal como la presentan la mayoría de los Códigos, es una consecuencia de la inseparabilidad ó realidad de aquéllos, ó mejor dicho, de su inherencia (concepto genérico que comprende las especies inseparabilidad é indivisibilidad), y quiere expresarse con tal denominación la integridad, ó sea la facultad de ejercitar íntegramente, esto es, indivisamente, el derecho real de que se trate (censo, hipoteca, servidumbre) sobre todas y cada una de las partes en que pueda dividirse la finca gravada. Se refiere, pues, al ejercicio del derecho real en el caso de división del predio sobre el que pesa aquél.

c) No existe la indivisibilidad cuando se divide el predio sirviente: por el contrario, su división trae aparejada la de la servidumbre, equivalentemente á la distribución voluntaria del crédito censal ó hipotecario, pues así como el acreedor, en este caso, sólo puede repetir contra la finca gravada por la parte del crédito asignado á ella, así también el poseedor del fundo dominante únicamente tiene acción contra cada uno de los fundos sirvientes por la parte de servidumbre que sobre él pesa.

La indivisibilidad, con referencia al caso de división del predominante, depende de la existencia ó inexistencia de la coidad del derecho de servidumbre como consecuencia de aquesión. Si por virtud del fraccionamiento de la servidumbre

nace una comunidad del derecho de servidumbre (pluralidad de sujetos á quienes corresponde proindiviso una unidad de objeto, ó sea la servidumbre), habrá ejercicio indivisible (servidumbre de estribo de presa, de acueducto). Si no hay comunidad, entonces la servidumbre se divide, como acontece si, por virtud de la división del predio dominante, cada uno de los poseedores de las nuevas porciones puede sólo ejercerla en menor extensión material que originariamente (servidumbre de luces, vistas, vertiente de tejados y de distancias para ciertas construcciones y plantaciones), ó se multiplica: es á saber, cuando el poseedor de cada una de las nuevas fincas puede ejercitar la servidumbre íntegra y totalmente, con la misma extensión que anteriormente, y sin sufrir restricción alguna en el diámetro, digámoslo así, del derecho (servidumbres de paso y desagüe).

e) La indivisibilidad no es, por consiguiente, cualidad característica, esencial y genérica de la servidumbre, sino accidental y específica; por mejor decir, no es cualidad del derecho, sino modalidad de su ejercicio.

***

El art. 535 del Código civil ha tenido sucesión: la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1892, en que menciona el citado art. 535. Interesa, pues, examinar dicha sentencia por ser la primera y única hasta ahora referente al principio de la indivisibilidad.

Fuerza es empezar confesando que la indicada sentencia no trata de la indivisibilidad en general, es decir, del concepto de ella, ni consta, por tanto, el criterio del Supremo Tribunal de la Nación acerca de tal principio: se refiere á un caso particular. Limítase á afirmar que el principio de la indivisibilidad consignado en el repetido art. 535 no se opone al de redención de la llamada servidumbre de pastos contenido en el 603. Pero por las circunstancias que concurren en el hecho litigioso y por la naturaleza jurídica del derecho de pastos, importa estudiar la doctrina sentada en el fallo de referencia, de la que deducimos consecuencias favorables á nuestra opinión acerca de la indivisibilidad.

El *hecho jurídico* debatido en tal sentencia es el siguiente: U persona vendió por escritura pública á otra, diferentes fincas de propiedad, reservándose para sí y sus parientes partícipes en

mayorazgo, el uso y disfrute de las hierbas, pastos y rastrojeras de las mismas fincas vendidas. Con posterioridad, el mismo vendedor enajenó á distinta persona del adquirente de las fincas unas partes ó cuotas (36), de las que le correspondían (60) en las hierbas y pastos. El comprador de las fincas, ó sea su ya dueño, formuló demanda ordinaria solicitando, en virtud de lo dispuesto en el art. 603 del Código, se declarara obligado al adquirente de las fracciones del derecho de pastos y hierbas á prestarse y concurrir á la redención de las partes de dicho derecho á él pertenecientes, á cuya declaración se opuso el demandado alegando, entre otros particulares, que el derecho de pastos que se trataba de redimir gravaba sobre todas las fincas de un término municipal; que si el predio sirviente, ó sea este término, ó mejor dicho, las fincas enclavadas en él, se dividían entre varios propietarios, la servidumbre no se modificaba por esto y cada uno de ellos había de tolerarla en la parte que le correspondía, porque las servidumbres son indivisibles, según el principio fundamental del artículo 535; que como consecuencia de la disposición de este artículo y del 603, la redención de las servidumbres de pastos que pesaba por igual sobre todas las fincas del término municipal sólo podía y debía hacerse cuando los propietarios de ellas, formando un solo cuerpo, se presentaran al dueño ó dueños de la servidumbre proponiendo la redención; pero desde el momento en que un propietario de varias fincas que formaban una parte de la totalidad del predio gravado, pretendía recabar para sí y en su exclusivo provecho la facultad que el expresado artículo concedía, se introducía una modificación en la servidumbre, haciéndola divisible cuando por su naturaleza no lo era.

La Audiencia, confirmando la sentencia del inferior, declaró que el demandado estaba obligado á concurrir á la redención de la servidumbre de pastos existente sobre las fincas del demandante en la *parte* al mismo correspondiente, recibiendo el valor de la servidumbre, previa tasación, sin perjuicio del derecho de los demás condueños del gravamen.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal declaró no haber lugar á él, sentando los siguientes puntos doctrinales:

El principio de la indivisibilidad de las servidumbres que es regla general establece el art. 535 del Código civil, y cuyo efecto es mantener en su *originaria integridad* el gravamen en que

consistan, aun en el caso de dividirse entre dos ó más el predio que las disfrute ó el que las sufra, no se opone al derecho que en absoluto y sin limitación alguna concede especialmente el artículo 603 del propio Código al dueño de todo terreno gravado con la servidumbre de pastos, de redimir esta carga mediante el pago de su valor, sean uno ó más los que tengan el derecho á la servidumbre, y en tal concepto, la Sala sentenciadora, al declarar que el dueño de unas partes alícuotas de dicho derecho está obligado á concurrir á la redención de la servidumbre de pastos en la *porción* que á él corresponde, ha aplicado acertadamente el segundo de los artículos citados, sin infringir el primero.»

«Las prescripciones de los artículos 397 y 398 del mencionado cuerpo legal versan sobre los deberes de los condueños de la cosa *común*, y los requisitos que han de concurrir en los acuerdos de la mayoría de los partícipes para que sean obligatorios; y como aquí no se discute acerca de cuestión alguna suscitada entre condueños, es obvio que no pueden aplicarse á la servidumbre de pastos, objeto de este litigio, disposiciones de la ley que se han dictado para cosas y casos enteramente distintos del de que aquí se trata.»

Critiquemos la doctrina de la sentencia.

Parece desprenderse del primer considerando ó punto doctrinal que el Tribunal Supremo cree en el absolutismo *per se* de la indivisibilidad, puesto que, después de explicar el objeto del artículo 535, viene á declarar que especialmente, *per accidens*, sufre una excepción aquel principio en el caso del art. 603.

Discrepamos completamente del criterio del Tribunal Supremo. Si la indivisibilidad es elemento integrante, requisito esencial, característica de la servidumbre, no puede faltar en caso alguno, porque modificarla, y aún más, suprimirla, equivaldría á desnaturalizar la servidumbre, á destruirla. Si la servidumbre es en su esencia indivisible, no puede dividirse, ni, por tanto, ser extinguida parcialmente, ni aun con el precepto del art. 603. ¿De qué serviría que un artículo dijera que la servidumbre es divisible, si su naturaleza y esencia rechazasen esta división? Es cierto, ciertísimo, que el art. 603 concede expresamente al due de terrenos gravados con la servidumbre de pastos la facult de redimir la carga, pero esto no quiere decir que si la ser dumbre es indivisible pueda ser extinguida parcialmente, d

lo que ante todo se necesita que sea divisible. El objeto del artículo 603 es sólo establecer un privilegio, una excepción á las reglas generales de extinción de la servidumbre, un modo especial de extinguirse una de ellas.

Las servidumbres se extinguen por los modos establecidos en el art. 546, uno de los cuales, el comprendido en el núm. 6.°, es la redención *convencional* ó *voluntaria*, y lo que hace el art. 603 es establecer un modo más, particularísimo de la servidumbre de pastos, la redención *forzosa*. Así como cualquiera otra servidumbre no puede extinguirse por redención, sino mediante el acuerdo de los dueños de los predios dominante y sirviente, la llamada de pastos puede extinguirse forzosamente, es decir, el dueño ó dueños del predio sirviente puede obligar al propietario del derecho de pastos á redimir la carga. Este es el espíritu, conforme con la letra del art. 603.

Si es uno solo el predio gravado, la aplicación del artículo mencionado no ofrece dificultad alguna, pero ¿y si se divide aquél como en el caso de la sentencia de 11 de Noviembre de 1892? Aquí surge la cuestión, no acerca de si existe ó no el derecho de redención forzosa, sino sobre el modo de redimir, porque la cuestión de la indivisibilidad de la servidumbre nace en el momento de la división de los predios.

Es incuestionable que los dueños de las nuevas porciones del predio gravado gozan de la facultad de libertarse de la carga; pero ¿cómo han de verificarlo: parcial ó totalmente, individual ó conjuntamente? La respuesta es sencilla. ¿Es indivisible la servidumbre que gravita íntegramente sobre todas y cada una de las porciones del predio dividido? Deberán verificar indeclinablemente en conjunto la redención. ¿Puede verificarse la redención parcial, individualmente? Entonces es que la servidumbre se divide, porque sólo cabe la posibilidad de extinguir parcialmente un derecho cuando puede fraccionarse en partes, dividirse. Ni más ni menos.

El art. 603 concede la facultad de redención de la servidumbre de pastos. ¿Es uno sólo el predio gravado? No hay caso: el ...o ó dueños la redimen. ¿Son varios los predios sirvientes ó ...iones de uno, que se dividió? Los varios dueños tendrán, sí, ...erecho de redimir, pero de ser la servidumbre indivisible, ...n el art. 535, y por tanto, gravar íntegramente todas y cada

una de las porciones del predio originario, de constituir una unidad, no es susceptible física y jurídicamente de extinción parcial, y tendrán necesariamente que redimirla en conjunto.

La indivisibilidad de la servidumbre, si fuere verdad su existencia, al revés de lo que dice el Tribunal Supremo, se opone abierta y decisivamente á la redención parcial de la de pastos, como á la de todas. Prueba esto, á más de las razones sentadas, la de que si fuese propiamente indivisible, sería inútil la liberación parcial, porque seguiría gravando la servidumbre sobre el predio cuya libertad habíase pretendido conseguir. El art. 603 otorga el derecho de redención nada más, pero no dice que la servidumbre de pastos sea redimible parcialmente. A su vez, de la necesidad de la redención total (en el supuesto de que la servidumbre fuere individual), no se deriva la infracción ó derogación del precepto del art. 603: lo único que resulta es una modalidad del ejercicio de dicho derecho, por la circunstancia especial de ser varios los predios gravados y no uno solo.

La posibilidad de la redención parcial de la denominada servidumbre de pastos arranca, fundamentalmente, no de la disposición excepcional del art. 603, sino de la divisibilidad de la servidumbre, de dividirse ésta cuando se fracciona el predio sirviente. Lo repetimos una vez más: de nada serviría que el art. 603, sin limitarse á establecer el derecho de redención, como al presente, y extendiéndose á determinar las modalidades de la extinción, declarase que podía redimirse parcialmente. Si la servidumbre fuese indivisible, sería ilusorio el precepto, letra muerta. Si una obligación es por su naturaleza indivisible, es inútil que una disposición legal declare su extinción parcial, como lo es que si dos y dos son cuatro, un legislador diga que dos y dos son cinco.

¿Por qué ha debido, pues, declararse redimible parcialmente la servidumbre de pastos en la sentencia de 11 de Noviembre de 1892? Por las consideraciones tantas veces repetidas de que la servidumbre es divisible con relación al predio sirviente; que la división de éste equivale á la distribución del crédito hipotecario y censal, y que, en su consecuencia, nacen tantas servidumbres como porciones del predio primitivo.

El Tribunal Supremo, lo manifestamos con el más obligad respeto, ha determinado el efecto, pero no ha expuesto ni siquie buscado la causa. Encontróse con la tradición jurídica de la indi

visibilidad de la servidumbre, tradición poco menos que infalible y dogmática, y no se atrevió á romper con el dogma, aunque acaso le asaltaran deseos de ello. Declaró, sí, que en el caso sometido á su decisión era lícita la extinción parcial (afirmación incompatible con la de la indivisibilidad), pero advirtiendo que se trataba de una excepción autorizada expresamente por un precepto especial. Dicho Supremo Tribunal quiso sin duda dejar á salvo el principio y creyó conseguirlo; no ha sido así. Cualesquiera que sean las palabras de la sentencia, la veneranda doctrina de la indivisibilidad ha quedado rota é infringida con nuestro beneplácito. La indivisibilidad, como hemos consignado repetidamente, es una esfinge, un sér fabuloso; vivirá en las regiones de la fantasía, pero no en el terreno de la realidad jurídica.

La sentencia de 11 de Noviembre de 1892, de la que nos estamos ocupando, tiene una segunda parte. La primera, la que hemos expuesto, concierne á la divisibilidad de la servidumbre como carga, ó sea á la división del predio sirviente; la segunda atañe á su divisibilidad como derecho.

Veamos si el Tribunal Supremo ha consignado doctrina jurídica sana y robusta.

Se recordará que el fallo tantas veces repetido, declaró obligado á un partícipe de una comunidad de derecho á la redención forzosa de su parte en esa comunidad. ¿Es esto acomodado á los buenos principios jurídicos?

Interésanos el estudio de estas cuestiones, porque hemos sostenido que puede ejercitarse indivisiblemente la servidumbre, esto es, que existe el requisito de la indivisibilidad con relación al predio dominante sólo como efecto de la comunidad del derecho de servidumbre, y en prueba de ello, decíamos que en este caso sólo cabe su extinción total, no parcial.

Esta afirmación parece pugnar con la resolución dada por el Supremo Tribunal al caso á él sometido en la sentencia referida, en la que se admite el principio de la extinción parcial, y precisa ver si, en efecto, reina la divergencia que se observa á primera vista.

Origina la duda la ambigüedad de los términos de la sentencia. Se declara en ella que uno de los partícipes en la comunidad de derecho de pastos está obligado á concurrir á la redención de servidumbre en la *parte* á él correspondiente. El verbo concu-

rrir indica pluralidad de personas, de donde pudiera muy bien deducirse que en el caso litigioso los comuneros del derecho de pastos, menos el demandado, estaban conformes con la redención, y se promovió el pleito para obligar al disidente, digámoslo así, á verificar aquélla, en unión de los demás, á concurrir á la extinción total del gravamen. Dado tal supuesto, no habría contradicción entre nuestro criterio y el de la sentencia, antes bien perfecta conformidad, puesto que ambos son expresión de igual principio: la necesidad de la extinción total y simultánea de la servidumbre; pero como no se dice claramente en la sentencia que la demanda fuese encaminada á completar la redención con el comunero discrepante, y en oposición á ello se declara obligado á uno solo á verificar aquélla, reservando á los demás condueños su derecho, no tenemos otro remedio que plantear la contienda entre la doctrina del Supremo y la expuesta por nosotros.

Comenzamos por confesar que el Tribunal Supremo no se ha equivocado al decidir en su fallo que el comunero, en el caso particular de que se trataba, venía obligado á la redención; pero sí afirmamos terminantemente, con los miramientos debidos á las resoluciones judiciales y dentro sólo de la crítica racional y lícita, que no ha determinado el verdadero por qué de su decisión, y sobre todo que ésta no puede constituir doctrina general, aplicable á todos los casos. El Tribunal Supremo ha resuelto bien, pero de una manera espontánea, sin acertar á inquirir el verdadero fundamento de su doctrina. No es éste el art. 603, como se dice en la sentencia. Ha dado ésta á dicho artículo una extensión y amplitud que no tiene. El art. 603 concede al dueño del predio gravado con la servidumbre de pastos, el derecho de redimir ésta, y consiguientemente establece para el dueño del derecho la obligación de consentir la redención; esto es innegable; pero el ejercicio de tal facultad ha de subordinarse á los preceptos legales aplicables según las modalidades que se presenten en dicho ejercicio. Si una persona es dueña exclusiva del derecho, no hay caso; mas desde el momento en que sean varias, proindiviso, por cuotas ó fracciones cuantitativas, nace una comunidad de derecho y su vida legal ha de someterse á las reglas de la comunidad de bienes. El art. 603 autoriza la redención; pero el modo de verificarla cuando exista comunidad del derecho de servidumbre, deberá subordinarse á los principios que regulan en gene-

la comunidad. En ésta, pues, habrá que encontrar el fundamental de la posibilidad de la redención parcial de la servidumbre de pastos, es decir, de la extinción con referencia á cada comunero, en oposición al criterio del Tribunal Supremo, que en el segundo de los considerandos declara no pertinentes las disposiciones legales referentes á la comunidad.

Y así es en efecto. El fundamento es, en nuestro entender, el artículo 399, en relación expresa con la naturaleza de la mal llamada servidumbre de pastos.

Esta supuesta servidumbre consiste, como su nombre indica, en el derecho de aprovechar los pastos de un predio determinado; es la apropiación de un fruto de la substancia de la cosa, de un producto orgánico de ésta, no un uso material de la substancia, concepto al que, en nuestra opinión, de acuerdo con la de Germano, debe limitarse la servidumbre. Prueba legal de la diversa naturaleza del derecho de pastos y de las servidumbres propiamente tales, la suministra la ley Hipotecaria, que habla separada y diversamente de uno y de otras, pues en el núm. 5.º del artículo 107 declara hipotecables los *derechos* de superficie, *pastos*, aguas, leñas, siempre que quede á salvo el de los demás partícipes en la propiedad, en tanto que en el 6.º del art. 108 prohíbe la hipoteca de las servidumbres, á no verificarse juntamente con el predio dominante.

Aparte de esto, sea derecho de propiedad de frutos, como creemos nosotros, ó sea servidumbre, como dice el Código, aun aceptando este aserto, hay que reconocer que es servidumbre de naturaleza especial, una servidumbre sin predio dominante (de las comprendidas en el precepto genérico del art. 531), con valor propio y sustantivo. Así como las servidumbres propiamente tales, las que requieren un predio dominante y un sirviente, no tienen sustantividad, no valen ni significan nada con separación de dichos predios, de los que son un accesorio, el derecho de pastos y lo mismo el de leñas y otros semejantes, son algo subsistentes por sí mismos. Aquéllas son inestimables; éstos son, por el contra-
rio, estimables, susceptibles de ser representados por una canti-
dad. Imposible es decir: la servidumbre de luces, la de vertiente
de aguas, la de paso, vale tanto ó cuanto, pero sí es posible fijar
un precio económico, el valor de la de pastos, como lo reconoce el
ya nombrado art. 603.

Aquí está el nexo de la naturaleza especial de la llamada servidumbre de pastos y de la doctrina del art. 399, en relación con la redención parcial de aquélla. Siendo estimable, siendo susceptible de valoración, pudiendo ser representado dicho derecho por una cantidad, en el caso de que pertenezca proindiviso á varios, esto es, de que exista la comunidad, la participación de cada comunero se determina por una cuota de la totalidad, y así como, conforme al citado art. 399, podrá enajenar *voluntariamente* su parte ó cuota, así también podrá obligársele á la enajenación parcial, que no otra cosa es la redención forzosa del art. 603. Hay, pues, posibilidad de enajenar ya convencional, ya forzosamente, una parte de una comunidad cuando ésta recae sobre cosas ó derechos que tienen por sí un valor cuantitativo, que son estimables por un precio; no hay tal posibilidad cuando la comunidad se refiere á derechos que sólo tienen vida, dependiente de otra cosa ó derecho. Puédese adquirir una parte de casa, una parte de la servidumbre de leñas ó pastos, porque cabe la estimación de dicha parte; no es dable adquirir una parte de servidumbre de vistas ó luces, ó de distancias y obras intermedias, porque tales derechos no tienen valor por sí, ni cuantitativo ni cualitativo, con separación de los predios dominante y sirviente.

El Tribunal Supremo acertó al declarar la posibilidad de la redención parcial de la servidumbre de pastos, pero por azar, según hemos dicho, sin basarse para tal declaración en el fundamento jurídico pertinente.

Es, sí, redimible parcialmente dicha supuesta servidumbre; pero, por virtud de su naturaleza especial, por excepción, que viene á confirmar la regla general sentada por nosotros, de que la llamada indivisibilidad del derecho de servidumbre es sólo un efecto de la comunidad de derecho, caso en que sólo es posible extinguirlo solidariamente.

Es más: aun el mismo hecho jurídico de la sentencia viene á darnos la razón. Ir exigiendo parcialmente de cada comunero del derecho de pastos la redención de su porción ó cuota, equivaldría, en el caso de expropiación forzosa de un edificio, propiedad común de varias personas, á ir adquiriendo cada una de las partes de los condueños, en vez de expropiarlos á todos conjuntamente de la cosa. Esto sería dirigirse á un punto por la línea curva, abandonando la recta. En vista, pues, del fallo prime-

del Tribunal Supremo, referente á la doctrina del art 535, nos ratificamos en la nuestra, porque, lejos de destruirla, la confirma por completo.

ART. 536. Las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias.

PRECEDENTES LEGALES. —*Ninguno.*

COMENTARIO.—Poco estudio exige este artículo.

Su objeto es afirmar que las servidumbres reconocen dos orígenes distintos: la ley particular y la convención de las partes, la voluntad de los individuos, y la ley propiamente dicha, ó sea la expresión de la voluntad colectiva. Este diverso origen indica una distinción en el nombre de las servidumbres; si se establecen por la ley, se llaman legales; si por la voluntad de los individuos, voluntarias.

Acabamos de manifestar que la distinción de las servidumbres en voluntarias y legales implica sólo una cuestión de nombre, y aquí surge el único punto controvertible que ofrece el artículo. Es éste: las servidumbres denominadas legales, ¿son, en efecto, servidumbres?

No cabe duda que lo son. Lo hemos repetido con insistencia: los derechos, las instituciones se deben calificar por su contenido, por su substancia jurídica, que es lo que las distingue de otros derechos ó de otras instituciones. Por tanto, si es igual el contenido de dos derechos, ¿por qué uno ha de reputarse servidumbre y el otro no, sólo por ser distinto el origen de ambos? Si un propietario se ve obligado á permitir que una persona haga algo en su finca (uso determinado, ajeno al destino del fundo) ó á hacer algo por sí mismo, ó no puede hacer algo que le sería lo sin tal restricción (prohibición de un uso determinado de esa), ¿por qué ha de depender la estimación legal del derecho servidumbre de que el uso, el acto ó la prohibición del uso, tenga por origen respectivamente la voluntad ó la ley?

Descendiendo de lo general á lo particular, ¿quién se atreverá á sostener que es servidumbre el derecho de paso por una finca ajena si se establece el gravamen por convención, y no lo es en el caso del art. 564, en que se impone por ministerio de la ley? ¿Por qué ha de ser servidumbre la prohibición por pacto de no edificar ó no hacer ciertas construcciones á determinadas distancias, y no ha de serlo esta misma prohibición en el caso del artículo 585, en el del 590, ó en los que establecen las leyes en consideración á los ferrocarriles, carreteras, montes y fortificaciones? Nos parece tan claro el punto, que es innecesario insistir sobre él. Habrá servidumbre siempre que se permita á una persona un uso determinado de la cosa ajena, extraño á su destino, ó se prohíba al dueño de una cosa un uso determinado, proceda el uso ó a prohibición del uso, de la ley ó del pacto.

SECCIÓN SEGUNDA

De los modos de adquirir las servidumbres.

La servidumbre puede tener dos orígenes: la ley ó la voluntad de los particulares. La ley es única en cuanto es la misma para todos los individuos y en el sentido de que el criterio establecido en ella no admite variedades ni aspectos diversos: por el contrario, la voluntad individual puede manifestarse bajo diferentes formas, por pluralidad de modalidades, tantas como individuos. Dedúcese de estas premisas—y para ello las consignamos—que los modos de adquirir las servidumbres se refieren exclusivamente á las voluntarias, como dicen los Códigos extranjeros y omite el español, del cual parece inferirse lo expuesto por el epígrafe de la sección, que habla de las servidumbres sin expresar á cuáles atañe, y por estar incluída la sección en el capítulo de «las servidumbres en general». Y así tiene que ser, porque las servidumbres

establecidas por los particulares admiten variedad de manifestaciones.

Viene á corroborar la afirmación sentada el articulado de la sección, al consignar como modos adquisitivos fundamentales de las servidumbres, el título y la prescripción, que sólo cabe relacionarlos con la voluntad individual expresa ó presunta. Son, pues, las fuentes de las servidumbres voluntarias (abstracción hecha de la cuestión de la diferencia entre título y modo), el título, en el sentido modernista de la palabra, es decir, los modos adquisitivos de la propiedad aplicables á las cosas incorporales, ó sea la donación, la sucesión testamentaria, el contrato y la prescripción.

La modalidad de la adquisición de las servidumbres se halla establecida en relación con la clase de ella: unas se pueden adquirir sólo por título, con exclusión aun de la posesión inmemorial; otras por título y prescripción; aquéllas son las continuas no aparentes y las discontinuas (art. 539); éstas las continuas y aparentes (art. 537). Obedece esta diferencia al punto de la continuidad y la de la precariedad como elementos integrantes de la posesión prescriptiva por decirlo así. Puesto que la posesión que conduce á la prescripción ha de ser continua y no debida á la tolerancia, infiérese de aquí por los autores y acéptanlo las legislaciones, que no cabe extender la prescripción adquisitiva á las servidumbres que no reúnan tales requisitos. Sin embargo, en rigorosa lógica, no es aventurado disentir de este parecer, porque ni la continuidad exigida por la ley es absoluta en cuanto permite la interrupción por un año, ni parécenos lícito hablar de tolerancia dada la repetición de actos por un tiempo que no permite du-

dar de la intención de quien los ejecuta. Hay aquí algo de rutinarismo jurídico, impropio de la moderna ciencia del Derecho.

Aparte esta digresión, la ley declara que las servidumbres negativas, ó sean las continuas no aparentes y las discontinuas, tengan ó no la cualidad de la apariencia, se adquieren únicamente por título ó, en su defecto, por *título supletorio ó derivativo*, que decimos nosotros, en oposición á originario, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme; ésta ó la escritura suplen al título, puesto que en una y en otra se reconoce, ya judicial, ya extrajudicialmente, la existencia de una servidumbre, se le da vida legal, se afirma de derecho una servidumbre preexistente de hecho.

La prescripción limítala el Código, por las razones indicadas, á las servidumbres que gozan de la cualidad de la apariencia, fijando un tiempo especial, el de veinte años, distinto del general para la prescripción extraordinaria, treinta años. Para el cómputo del tiempo señala el art. 538 un punto de partida racional y en armonía con la doctrina sentada por la jurisprudencia anterior al Código, á saber: en las positivas, el día en que el dueño del predio dominante ó el que haya aprovechado la servidumbre hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; en las negativas, el día en que el dueño del dominante hubiera ejecutado un acto obstativo, esto es, de oposición al hecho que sería lícito sin la servidumbre. El fundamento del precepto es harto evidente para requerir aclaración: la prescripción de las servidumbres que consisten en hacer en un uso de la substancia de la cosa ajena, debe co

tarse desde el primer acto afirmativo del uso; la de las negativas consistentes en no hacer, en la limitación al dueño del predio sirviente de un uso determinado de la substancia de éste, desde que se ejecute el primer acto de oposición ó prohibición al uso de que se trate.

Si el Código ha rechazado el principio de que la posesión inmemorial equivale al título, no admitiendo la prescripción respecto de ciertas servidumbres, ha aceptado en cambio el sentado en precedentes doctrinales, de que el signo aparente, y, en su consecuencia, el modo ó disfrute existente entre dos ó más fincas, cuyo dominio esté consolidado, al separarse una de ellas, al romperse la consolidación, sin desaparecer el signo, ó sin declarar nada en contrario, equivale al título. Es tan fuerte la presunción de la voluntad del propietario y también del adquirente, de mantener el estado de cosas existente entre varias fincas reunidas bajo un mismo dominio, cuando ni durante el tiempo de la confusión ni al terminar ésta se hace ó dice nada en contrario, que el legislador, en el art. 541, le ha dado, no ya el valor de una presunción, sino el de una afirmación. El signo aparente se reputa un título; se le considera un acto originario de la servidumbre, y es el elemento ó dato más importante para formular el diagnóstico de una servidumbre. Siempre que no conste en título la existencia ó inexistencia de una servidumbre, lo primero que debe averiguarse es si las fincas entre las que se pretende afirmar ó negar la servidumbre estuvieron en algún momento reunidas bajo el dominio de una persona individual ó colectiva, porque servidumbres que no pueden adquirirse por el transcurso del tiempo, nacen, surgen instantánea-

mente por la teoría del signo aparente y la del modo de disfrute de las fincas, substancia de aquélla.

Efecto principal de la adquisición de una servidumbre es la de todos los derechos inherentes á su ejercicio: la de aquellos derechos propios de cada servidumbre, según su naturaleza. Así lo determina el artículo 542, siendo aplicable su disposición á todas las servidumbres, cualquiera que sea su origen, porque no hace distinción alguna, y porque la concesión de un derecho ha de llevar consigo la de todos los necesarios para su vida. En otro caso, la afirmación de un derecho sería inútil; existiría un derecho ilusorio, nominal, no real y efectivo.

ART. 537. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, ó por la prescripción de veinte años.

Concordancias.—Igual al art. 537 del proyecto de Código de 1851 y al 539 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 14* (inserta en el artículo anterior).

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 15.—De tal natura seyendo la seruidumbre que fiziesse seruicio a otri cotidianamente sin obra de aquel que la recibe, assi como si fuesse aguaducho que corriesse de fuente que nasciesse en campo de alguno, o otra semejante della, si el vezino se sirue desta agua regando su heredad diez años estando su dueño en la tierra e non lo contradiziendo o veynte seyendo fuera della: e esto fiziesse a buena fe cuydando que auia derecho de lo fazer, e non por fuerça nin por ruego q ouiesse fecho al dueño de la fuente o del campo por do passau ganaria por este tiempo tal seruidumbre. Esto mismo seria si guno ouiesse viga metida en pared de su vezino o abriesse fini

tra en ella por do entrasse lumbre a sus casas, o le contrallasse que non alçasse su casa porque non le tollesse la lumbre, ó si tuuiesse las alas de sus casas sobre el techo de su vezino: de manera que cayesse y el agua de la lluia, ca en qualquier destas seruidumbres, o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho. Mas las otras seruidumbres, de que se ayudan los omes para aprouechar e labrar sus heredades e sus edificios, que non vsan dellas cada dia: mas a las vezes e con fecho, assi como senda, o carrera, o via que ouiesse en heredad de su vezino: o en agua que viniesse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia, tales seruidumbres como estas e las otras semejantes dellas, non se podrian ganar por tiempo sobredicho; ante dezimos que quien las quisiere auer por esta razon, ha menester que haya vsado dellas, ellos, o aquellos de quien las ouieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron á vsar.

ART. 538. Para adquirir por prescripción las servidumbres á que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Concordancias.—Análogo al caso 2.° del art. 545 del proyecto de Código de 1851 é igual al 540 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*(Véanse los del artículo anterior.)*

ART. 539. Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título.

Concordancias.—Igual al art. 538 del proyecto de Código de 1851 y al 541 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*(Véanse los del art. 537.)*

ART. 540. La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme.

Concordancias.—Igual al art. 539 del proyecto de Código de 1851 y al 542 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 541. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario e el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó haga desaparecer aquel signo antes del otorgamien de la escritura.

Concordancias.—Igual al art. 540 del proyecto de Código de 1851 y al 542 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 542. Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

Concordancias.—Igual al art. 541 del proyecto de Código de 1851 y al 544 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 537, 538, 539, 540, 541 Y 542. El Código español, abandonando el precedente romano, siguiendo en gran parte á la legislación de Partidas, é inspirándose por completo en la moderna de otras Naciones, establece modos distintos de constituirse las servidumbres, según la clase de éstas.

La *ley 12, tít. XXXIII, libro VII* del Código Justiniáneo, refiriéndose á la prescripción en general, dice que sus disposiciones son aplicables á las cosas corporales y á las incorporales, como el usufructo y demás servidumbres. Habla de servidumbres en general, sin distinguir entre ellas.

Según vemos en los precedentes legales, las Partidas, desviándose en este punto de la corriente romana, después de decir en la ley 14, tít. XXXI de la Partida 3.ª que las servidumbres pueden ser puestas por contrato, por testamento y por uso, en la 15 del mismo título é igual Partida, referente á la manera en que se gana la servidumbre por uso de luengo tiempo, no distingue entre las servidumbres continuas y las discontinuas, ·entes y no aparentes. «De tal natura, seyendo la seruidum- -dice—que fiziesse seruicio á otri cotidianamente *sin obra de l que la recibe,* asi como si fuera aguaducho... si el vezino se e desta agua regando su heredad diez años estando su dueño - tierra et non lo contradiziendo, ó veinte seyendo fuera

della: e esto fiziesse á buena fe cuydando que auia derecho de lo fazer... ganaria por este tiempo tal servidumbre.» «Esto mismo seria—continúa—si algu no ouiesse *viga* metida en pared de su vezino, ó abriesse *finiestra* en ella por do entrasse lumbre á sus casas, o le contrallasse que *non alçasse* su casa porque non le tollesse la lumbre, ó si touiesse las *alas de sus casas sobre el techo de su vezino*, de manera *que cayese y el agua de la lluvia;* ca en *qualquier destas servidumbres*—expresa—*o otras semejantes dellas, de que ome se aprouechasse sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo*, e en aquella manera que de suso diximos del aguaducho.» «Mas *las otras seruidumbres*—añade—de que se ayudan los omes para aprouechar e labrar sus heredades e sus edificios, *que non vsan dellas cada dia, mas a las vezes e con fecho,* assi como *senda,* o *carrera* o *via* que ouiesse en heredad de su vezino, o en *agua que viniesse vna vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia,* tales seruidumbres como estas e las otras semejantes dellas, non se podrian ganar por el tiempo sobredicho; ante dezimos que *quien las quisiere* auer por esta razon, *ha menester que haya vsado dellas ellos, o aquellos de que las ouieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo començaron á vsar.*»

Las Partidas establecen, como queda dicho, distintos modos de adquirir las servidumbres, ó mejor, diverso grado de la adquisición por tiempo, según su clase. Las continuas y aparentes se adquieren por título (contrato ó testamento) y prescripción de diez ó veinte años; las continuas no aparentes y las discontinuas, por título y posesión inmemorial.

La doctrina de los Códigos extranjeros es muy semejante entre sí. «Las servidumbres continuas y aparentes—dice el art. 690 del Código francés—se adquieren por título ó por la posesión de treinta años. Las continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes—declara el párrafo 1.° del 691—no pueden constituirse sino en virtud de título.» Añadiendo en el segundo párrafo: «La posesión, aunque sea inmemorial, no basta para establecerlas.» Igual es respectivamente el precepto de los artículos 629 y 630 del Código italiano, salvo que en el primero se menciona como modo de constitución la voluntad del padre de familia (signo ostensible), que el Derecho codificado francés establece en artículo distinto: es á saber, en el 692.

El Código portugués se distingue de todos por su precisión jurídica. Manifiesta en su art. 2.272 que «las servidumbres continuas aparentes pueden constituirse por cualquiera de los modos de adquirir declarados en el Código»; expresando en el 2.273 que «las continuas no aparentes y las discontinuas, aparentes ó no, pueden también adquirirse por cualquier forma, excepto por prescripción.»

El art. 1.284 del Código de Guatemala y 1.139 del de Méjico, idéntico en su tenor literal, declaran que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por cualquier título legal, incluso la prescripción», y el 1.285 y 1.140 de los mismos añaden que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, no podrán adquirirse por prescripción, sino por otro título legal».

Contienen también disposiciones análogas el art. 882 del Código chileno y el 595 de el del Uruguay.

El bosquejo legislativo acabado de trazar demuestra que nuestro Código, á semejanza del belga, francés é italiano, admite dos modos de constituir las servidumbres, el llamado *título* y *la prescripción*. Ambos modos son propios de las servidumbres continuas y aparentes, es decir, éstas se pueden adquirir por uno y otro; el primero es peculiar y característico de las continuas aparentes y de las discontinuas, según establecen los Códigos extranjeros citados, rechazando expresamente la prescripción, conforme también al art. 539 del español, declarativo de que tales servidumbres *sólo* podrán adquirirse en virtud de título.

Prescindiendo aquí de la distinción entre título y modo, y circunscribiéndonos al texto del art. 537, es lo cierto que en la esfera legal, al hablar del título, se entiende siempre, que se trata de adquisición ó transmisión de derechos; pero se aplica unas veces al modo de adquirirlos y transmitirlos, y otras, restringiendo el concepto, se limita al documento en que consta la adquisición ó transmisión del derecho. Hay dos acepciones. Así, se dice adquisición por título lucrativo ú oneroso, por título hereditario, por compra, por donación, etc., refiriéndose al modo de adquirir; y se dice también presentación ó exhibición del título, títulos de dominio, de pertenencia, aludiendo al documento en que consta la adquisición. Úsase en este caso de una metonimia, tomando el continente por el contenido.

El Código ofrece en sus artículos casos repetidos del distinto concepto de la palabra título, que prueban nuestra afirmación. Es ejemplo típico del concepto amplio de «título», esto es, de la equivalencia, de lo sinónimo de tal palabra y las de «modo de adquirir», el art. 433, declarativo de que «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su *título ó modo de adquirir* exista vicio que lo invalide». En este mismo sentido se encuentra consignada en los artículos siguientes: 442, expresivo de que el que suceda por *título hereditario* no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, á no demostrarse que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban; 447, según el cual sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de *título* para adquirir el dominio; 480, permisivo para el usufructuario de enajenar su derecho, aunque sea á *título gratuito;* 493, declarativo de que puede dispensarse de la prestación de la fianza al usufructuario, cuando de ello no resulte perjuicio á nadie, *cualquiera que sea* el título del usufructo; 660, expresivo de que se llama heredero al que sucede á *título singular,* y legatario al que sucede á *título particular;* 811, conforme á cuyo precepto, el ascendiente que hubiere heredado de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por *título lucrativo,* se halla obligado á reservar los que hubiese adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes del tercer grado de la línea de donde procedan los bienes; 968, referente á los bienes sujetos á reserva, ó sea los adquiridos por *título lucrativo,* cuya propiedad el viudo ó viuda que pase á segundas nupcias tiene obligación de reservar á los hijos ó descendientes del primer matrimonio; 1.396, 1.401 y 1.413, propios de la materia de la sociedad de gananciales, expresivos respectivamente de que son bienes de cada cónyuge los que adquiera durante el matrimonio por *título lucrativo;* gananciales los adquiridos por *título oneroso,* y de que el marido puede enajenar á *título oneroso* los bienes de la sociedad de gananciales; 1.617 y 1.618, de las disposiciones generales sobre los censos, declarativo el primero de que las fincas censidas y el derecho á percibir la pensión pueden transmitirse á *título oneroso ó lucrativo;* prohibitivo el segundo de la división de las fincas gravadas sin el consentimiento expreso del censualista aunque se adquieran á *título de herencia;* 1.644, que habla de las enajenaciones á *título oneroso* de las fincas enfitéuticas; 1.807,

la constitución á *título gratuito* de una renta vitalicia, y 1.952, que define el justo título para prescribir el que legalmente baste para transferir el dominio ó derecho real de cuya prescripción se trate.

Vemos, por el contrario, empleada la palabra título en el sentido de documento en los artículos que mencionaremos: 385, 386 y 387, del capítulo del deslinde, preceptivos de que éste se hará de conformidad con *los títulos* de cada propietario; 396, referente al capítulo de la comunidad de bienes, que establece las reglas para la construcción de las obras necesarias en la casa cuyos pisos pertenezcan á diferentes dueños, en defecto de los *títulos* de propiedad; 408, que, refiriéndose á la servidumbre de acueducto, establece que los dueños de los predios por los cuales ó por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce ó márgenes, á no fundarse en *títulos de propiedad* expresivos del derecho ó dominio que reclamen; 606, afirmativo del principio capital del Registro de la Propiedad de que *los títulos de dominio, ó de otros derechos reales sobre bienes inmuebles* no inscritos ó anotados en el Registro, no perjudican á tercero; 1.065, que dispone que *los títulos* de adquisición ó pertenencia se entregarán al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran, y el 1.066, estableciendo reglas para el caso de que el título comprenda varias fincas, ó una se divida entre dos ó más.

Por último: como ejemplo mixto, es decir, comprensivo de ambos conceptos, puede citarse el 448, según el que el poseedor, en concepto de dueño, tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no puede obligársele á exhibirlo.

De la enumeración hecha de los artículos del Código, puede comprenderse si, con relación al que estamos contestando, la palabra título se usa en sentido lato ó, por el contrario, en el restringido. Cabe afirmar que consta empleada en el segundo, siempre que se refiera expresamente al concepto de documento, ó se hable de título como medio de prueba documental. Demuéstranlo concerniente á la acepción documental, el art. 606, en el que se trata de la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, inscripción que presupone un documento, y los artículos 1.065 y 1.066, concernientes también al documento ó documentos en que conste la adjudicación de la finca en el caso de la partición.

Prueban cumplidamente el uso de la palabra título, en la acepción de medio de prueba documental, los artículos 385, 386, 387 y 408 mencionados. Los tres primeros, referentes al deslinde, dicen que éste se hará de conformidad con los títulos de cada propietario, preceptuando el 386 que «si los títulos no determinasen el límite ó área perteneciente á cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión ó por otro *medio de prueba*, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales». Lo mismo acontece con el 408: las palabras «títulos de propiedad» que en él figuran, demuestran bien á las claras que se hallan consignadas en el sentido de documentos justificativos del dominio ó de un derecho real.

No constando empleada la palabra «título» en el concepto de medio de prueba documental, bien puede afirmarse que lo está en el de modo de adquirir. Decláralo categóricamente el art. 433, y lo revelan los demás mencionados por nosotros á continuación de éste.

Consignar el art. 480 que el usufructuario puede enajenar su derecho, aunque sea á título gratuíto, equivale á decir que tiene facultad para enajenarlo por donación, sucesión, modos de adquirir la propiedad; declarar el 1.617 que tanto el derecho á percibir la pensión como la finca censida pueden transmitirse á título oneroso ó lucrativo, no es sino expresar que pueden ser enajenados, y por tanto, adquiridos, bien por compra, permuta, cesión, bien por sucesión ó donación; lo mismo el 1.413 respecto de la facultad del marido para enajenar los gananciales, y así en los restantes. En una palabra: siempre que se habla de título gratuíto ú oneroso se habla de transmisión y adquisición de derechos, ya mediante alguna prestación, ya sin ella; título vale, pues, tanto como modo de adquirir.

¿En cuál de estos sentidos está consignada la palabra título en el art. 537? Refiérese éste á la adquisición de las servidumbres; luego necesariamente debe hallarse empleada en el de manera ó modo de adquirirlas. Si los derechos reales se adquieren y transmiten, según el art. 609, por ley, donación, sucesión testada ó intestada, y en virtud de ciertos contratos mediante la tradición, es natural que las servidumbres, derechos reales, sólo podrán adquirirse por uno de dichos modos; ya se les llame así, ya títulos.

No es admisible, por tanto, la opinión de que se refiera al

concepto «documento», por rechazarlo las razones acabadas de exponer.

Es jurídico afirmar que una casa, un censo, una máquina, se adquiere por compra, permuta, donación, testamento, palabras que indican título ó modo de adquirir; pero no lo es decir que se ha adquirido por carta, por escritura, por acta notarial (documentos), porque la adquisición no se verifica por cualquiera de ellos, por su naturaleza, sino que arranca de la voluntad concertada de dos ó más personas en orden á un fin común (contrato), ó de la de sólo una (donación, testamento), ó de la voluntad presunta (sucesión intestada).

Por título —dice Pacifici-Mazzoni—se entiende el acto jurídico que crea la servidumbre. El objeto del artículo es, por tanto, establecer especialmente los modos de adquirir las servidumbres, que el 609 consigna respecto de los derechos reales en general.

Terminada la rápida exposición de los antecedentes de los artículos que comentamos y la crítica de su redacción, desenvolvamos su doctrina, ciñéndonos convencionalmente á ésta. Tres son los modos de constituir las servidumbres, establecidos en los artículos 537 al 540: título propiamente tal; títulos supletorios ó defectivos; prescripción. Estudiaremos cada uno de ellos.

a) Título.—Repetimos aquí lo expuesto. Entendemos por título para los efectos de los artículos citados, los diferentes modos de adquirir los derechos reales, excepto la prescripción. Al decir, pues, que las servidumbres se adquieren por título, queremos expresar que pueden adquirirse por ley, donación, sucesión testada é intestada, y por contrato, modos de adquirir establecidos en el art. 609 del Código.

El llamado «título» es el modo de adquirir las servidumbres, sin excepción, común á todas, porque donde existe diferencia es respecto de la prescripción. Mediante el título—dice Pacifici-Mazzoni—puede constituirse indistintamente toda especie de servidumbres. Con él solamente—añade—y no con otro alguno, pueden establecerse las servidumbres discontinuas ó las no aparentes, y mucho mejor las discontinuas y aparentes.

La voluntad, bien sea general (ley), bien particular (acto ó trato), es la fuente por excelencia de toda clase de derechos y raciones, preferente, por tanto, á la prescripción, fuente suoria, porque se funda precisamente en la falta de expresión

directa de la voluntad de una de las partes, en el abandono y negligencia de ésta.

Es indiscutible que la ley es un modo de adquirir, el principal, porque tiene la sanción de la voluntad colectiva. Lo declara así, en tesis general, el art. 609 del Código, incluyéndola entre los modos de adquirir la propiedad y los derechos reales, y en particular respecto de las servidumbres el 536, al decir que las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los particulares. Precisamente de todos los derechos reales, la servidumbre es el que ofrece prueba más fehaciente de ello: las servidumbres legales. Todas ellas, como indica este adjetivo, reconocen como origen (*causa juris* ó título, aun en el sentido estricto, ó sea en el opuesto á modo de adquirir) la ley. El derecho en que consiste cada una de las servidumbres legales arranca del precepto de la ley. Ésta es, pues, el título, el origen adquisitivo del derecho.

Conviene, sin embargo, tener en cuenta una cosa. La ley es título adquisitivo de las servidumbres en el sentido de que de ella deriva el derecho de servidumbre; pero es el título genérico, generalísimo, no específico.

La ley lo que hace es conceder á los dueños de determinados predios el derecho de gozar servidumbre sobre otros; pero lo específico, lo que constituye una servidumbre depende de la voluntad de las partes. Un ejemplo convencerá de ello. El artículo 557 y el 564 conceden respectivamente el derecho de establecer la servidumbre de acueducto y la de paso; esto es cierto, pero también lo es que la manera de dar vida á la servidumbre es resultado de la voluntad de las partes, porque éstas serán las que determinen por dónde ha de pasar el acueducto ó el camino, la anchura de éste, etc.

Si las servidumbres pueden establecerse por la voluntad de las partes, claro es que se adquirirán lo mismo cuando esta voluntad sea unilateral que bilateral, lo mismo por testamento que por donación ó por contrato. La donación, según el art. 618, es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que acepta: si el dueño de un fundo puede disponer de una cosa, es decir, de su propiedad plena, con más razón podrá disponer de una fracción de ella, esto es, de un ó de varios de sus usos determinados, ó prohibir voluntariamente el ejercicio de un uso de la cosa.

Ocurre igual con el testamento. Si éste es el acto por virtud del cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, es indudable que puede disponer lo mismo de todo un bien, de su substancia, que de una fracción de propiedad (un uso de la substancia), constitutiva de una servidumbre.

Tampoco cabe duda de que el dueño de una finca puede imponer sobre ella una servidumbre, ó sea enajenar ó restringir uno ó más usos de la misma mediante precio (compraventa) ó entrega de otros bienes.

Ya lo expresaron las Partidas, en la 3.ª, tít. XXXI, ley 14, al decir que «todas las seruidumbres... pueden ser puestas en alguna destas tres maneras. La primera es por *otorgamiento* que fazen aquellos cuyas son las cosas, otorgando de su voluntad seruidumbres en ellas á otros *por* fazerles *amor* ó *por precio* que resciben dellos. La segunda es la que fazen los omes en sus *testamentos*... La tercera es quando ganan los omes seruidumbres en cosas ó en heredamientos *por vso de tiempo*...»

Las servidumbres continuas y aparentes pueden, pues, adquirirse por sí, constituyendo una unidad jurídico-económica, un bien, por todos los modos establecidos en el art. 609, incluso la prescripción, excepto por la sucesión intestada, en cuanto por ésta sólo se adquieren con relación á los bienes sobre los que ya se encuentran establecidas.

La servidumbre derívase del título, esto es, de la causa de adquirir, se constituye por virtud del acto en que conste la voluntad de una persona, del dueño del predio sirviente, ó del contrato en que consta la de dos ó más interesados, dueños de los predios dominante y sirviente; pero ¿basta la simple voluntad de uno ó la convención de dos ó más personas, ó es menester algún requisito formal, alguna solemnidad justificativa documentalmente de la voluntad ó de la convención?

Esta cuestión ha sido estudiada por escritores de derecho civil en el punto concerniente al concepto del título, al de si ha de entenderse ó no éste en sentido de documento. Nosotros opinamos que es cuestión distinta, porque su resolución no se basa en los artículos que hablan del título, sino en otros del Código y de la Ley Hipotecaria.

Algunos autores, estudiando este particular con referencia al Código

francés, distingue entre el título lucrativo y el oneroso, y dice que cuando la servidumbre se constituye por título gratuíto (donación ó testamento), precisan ciertos requisitos por ser actos que exigen determinadas solemnidades. Si no existen—añade,—son nulos.

«En cuanto á los contratos onerosos, por los que se establecen ordinariamente las servidumbres—manifiesta—son contratos no solemnes, es decir, que existen independientemente de un escrito, que sólo sirve de prueba. Así—expresa,—la venta es perfecta y produce todos sus efectos entre las partes contratantes desde que concurre el consentimiento sobre la cosa y el precio. Si las partes redactan un documento, es para probar la venta; pero la prueba puede hacerse también por otros medios legales, como la testifical, las presunciones y la confesión. Tales son los principios generales; sería preciso, por tanto, una excepción para considerar necesario un documento cuando la servidumbre fuese objeto de la venta. Pero—añade—no hay excepción en el texto ni en el espíritu de la ley.»

Sentado esto, pregunta el civilista belga:

«La necesidad del documento ¿se deriva de la naturaleza de la servidumbre? ¿Hay alguna razón para que la servidumbre deba establecerse por acto?» Laurent exclama: «¡Se puede vender un inmueble valuado en 100.000 francos por un contrato verbal; y no podrá venderse verbalmente una servidumbre que valga 500! Esto conduciría á convertir la servidumbre en un contrato solemne, y para ello es necesario un texto formal, y este texto falta.»

Pacifici-Mazzoni se ocupa de este punto, pero sin profundizarlo, sin crítica alguna, limitándose á presentarlo en el terreno del derecho positivo, á citar los fundamentos legales resolutorios de la cuestión. Las convenciones onerosas constitutivas de las servidumbres deben constar por documento público ó privado—dice—bajo pena de nulidad (art. 1.316, pár. 2.°, Código italiano). La donación y la disposición de última voluntad deben hacerse—continúa—en la misma forma. Los actos *intervivos*, sean onerosos, sean lucrativos, por los cuales se constituya una ser vidumbre, deben ser transcritos—añade—para producir efecto respecto de tercero (art. 1.932, 2.°, y 1.962 ídem).

Son ciertos los razonamientos de Laurent, y vienen á abo los nuestros. Los contratos en que media la tradición existen

si solos, independientemente de la forma que revistan. Así es, como decíamos nosotros, que la adquisición de los derechos reales deriva del contrato, de la voluntad concertada, y aun en los actos, el derecho arranca de la voluntad del otorgante.

La necesidad de la solemnidad ó de formalidades para la validez de la adquisición de las servidumbres, no procede, pues, de que haya que constituirlas por título, sino de la existencia de determinados preceptos legales, los cuales no conceden efecto á la constitución, modificación y transmisión de los derechos reales sin el cumplimiento de los requisitos por ellos exigidos.

Por esto repetimos que la cuestión presente es distinta de la originada por el valor de la palabra «título», porque es indudable que á no existir artículos preceptivos de la concurrencia de requisitos determinados, por virtud sólo de los artículos 537 á 541, no habría lugar á declarar la necesidad de tales requisitos. Las palabras de Laurent confírmanlo expresamente cuando dice que sería preciso una excepción para considerar necesario un documento en la venta de una servidumbre, y al fundar su opinión de la necesidad de documento en la falta de texto legal.

Estos preceptos existen en la legislación española, tanto en el Código civil como en una de sus leyes complementarias, en la ley Hipotecaria. Esta ley en su art. 2.° declara inscribibles en el Registro de la Propiedad los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan el derecho de servidumbre y otros reales. Preceptúa en el art. 3.° que para inscribir dichos títulos deberán constar en documento público, y consigna, por último, en el 23, que los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar á tercero (principio cardinal de la institución). El Código confirma este criterio en su art. 606, conforme al cual, los títulos de dominio ó de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos ó anotados en el Registro, no perjudican á tercero.

La doctrina de este último artículo es la del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de Diciembre de 1881 y 13 de Diciembre de 1887, en las que se establece que, «á tenor de los artículos 2.°, 13, 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria, los títulos en que se constituyan ó reconozcan derechos reales han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, debiendo las servidumbres constar especialmente en las inscripciones del predio dominante y sirviente, pues no requisito no perjudican á tercero; no produciendo efecto

en cuanto á tercero la prescripción de tales derechos, según el artículo 35 de la misma ley, si no están inscritos el título ó la posesión correspondiente».

«Al declarar la sentencia recurrida que sobre un predio adquirido como libre de todo gravamen, existe una servidumbre en favor de otro predio, sin que conste en el Registro el gravamen ni su posesión, ni, por otra parte, tampoco que éste sea manifiesto, infringe las disposiciones citadas de la ley Hipotecaria.»

El concepto legal de tercero, interesante por la consecuencia jurídica que de él se desprende, se determina en varios preceptos legales y doctrinales, y para los efectos de la ley Hipotecaria, es, según su art. 27, aquel que no ha intervenido en el acto ó contrato inscrito. «Tiene la consideración de tercero respecto de una escritura—dice la sentencia de 27 de Junio de 1887—el que no ha intervenido en ella.» «Conforme á los artículos 23 y 27 de la ley Hipotecaria, los títulos no inscritos no perjudican á tercero, teniendo este concepto la parte de quien no se alega que haya tenido conocimiento del acto», dice la sentencia de 14 de Noviembre de 1891. Por último, la de 28 de Enero de 1892 declara que «los herederos del comprador no son en definitiva más que los continuadores de la personalidad jurídica del causante, y no pueden considerarse en modo alguno como terceros, á los efectos del art. 27 de la ley Hipotecaria, respecto del contrato de compraventa verificado por su causante».

Especial de la materia de servidumbres es la de 23 de Octubre de 1890. Se dice en ella que «la circunstancia de ser el dueño actual de una finca sucesor singular de otro, no obsta para que aquél pueda ser en su caso tercero en el sentido legal, ó lo que es lo mismo, para afirmar que no intervino en el acto ó contrato verbal constitutivo de una servidumbre de luces á favor del predio colindante, y si el sucesor inscribió su título, libre del gravamen, y el del supuesto predio dominante no lo está, la sentencia desestimatoria de la restitución ó nueva inspección de la servidumbre, no infringe los artículos 23 y 27 de la ley Hipotecaria, ni la doctrina establecida en sentencia de 10 de Julio de 1880».

Recientemente, en sentencia de 11 de Enero de 1895, el Tribunal Supremo estableció una doctrina distinta de las de 23 de Diciembre de 1884 y 13 de Diciembre de 1887, en atención á la

pecialidad del caso, puesto que afirma que quien al comprar una finca tiene conocimiento de servidumbre existente sobre ella, no puede alegar su desconocimiento, subsistiendo, por tanto, la servidumbre. Por la importancia de tal declaración doctrinal, la transcribiremos. Dicen así dos de los considerandos de la sentencia: «Si bien tiene declarado este Tribunal que, conforme á lo dispuesto en los artículos 2.º, 13, 23, 25 y 27 de la ley Hipotecaria, los títulos en que se constituyan ó reconozcan derechos reales han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, debiendo las servidumbres constar especialmente en las inscripciones de los predios dominante y sirviente, sin cuyo requisito no perjudican a tercero; y que la prescripción de tales derechos tampoco produce efecto en cuanto á tercero, según el art. 35 de la misma ley, si no están inscritos el título ó la posesión correspondientes; y también es doctrina declarada repetidamente en varias sentencias la de que no puede considerarse como tercero para los efectos de dicha ley al que, si no intervino en el acto ó contrato inscrito, tuvo conocimiento al adquirir la finca por él poseída de las cargas impuestas sobre ella, ya que uno de los principales fundamentos y objetos de la ley Hipotecaria es el de la publicidad de las cargas que afectan á la propiedad inmueble para que nadie sea responsable de las que ignore, y no cabe alegar ignorancia de aquello de que se tiene perfecto conocimiento.»

«Esta doctrina es aplicable á quien, no obstante haber adquirido como libre de carga una finca, inscribiendo su título en el Registro, y de no hallarse inscrita á favor de otra finca la posesión de la servidumbre que reconoce la sentencia recurrida, no puede ostentar la cualidad de tercero porque, siendo la servidumbre (acueducto) ostensible y manifiesta, como afirma la Sala sentenciadora, por la visible antigüedad de la pesquera y el cauce, y conteniendo la sentencia reclamada la afirmación terminante de que el recurrente, en la época que fué condueño del predio dominante, utilizó las aguas de la ribera, es evidente que las utilizó por virtud de la expresada servidumbre, y que al adquirir la gravada conocía la existencia de la carga que la afectaba y recho del predio dominante, y que al reconocer éste la Sala nciadora no infringe los artículos mencionados de la ley ecaria.»

rte de los textos legales citados, existe otro más explícito.

Es éste el núm. 1.° del art. 1.280 del Código, preceptivo de que deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

Este artículo aparece consignado dentro del título II del libro IV, «De los contratos», en el capítulo referente á la eficacia de éstos, y como una excepción al art. 1.278 del mismo capítulo, en el que se afirma que «los contratos serán obligatorios *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado,* siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

El precepto del art. 1.280 constituye verdaderamente una excepción del principio genéral del art. 1.278. Opinamos así y deducimos consiguientemente que los contratos constitutivos, modificativos y transmisivos de una servidumbre, no consignada en documento público, carecerán por sí de eficacia, no ya respecto de tercero, sino aun entre los contratantes. Podrá servir de medio de prueba en juicio para la obtención de una sentencia, pero el documento privado por sí no es eficaz. Así lo estableció ya la ley 114 del título XVIII de la Partida 3.ª, diciendo que «*si tal carta* (hecha por mano de alguno, esto es, documento privado) *fue fecha sobre vendida o cambio de casa, o de viña o de otra tal cosa, non vale para provar con ella cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion. E esto es*—añade—*porque las cartas de tales pleytos deben ser fechas por mano de escriuanos publicos o de otros...*»

El precepto del art. 1.280 es general, es decir, común á todos los actos traslativos, modificativos ó extintivos de los derechos reales. Existen, además, otros artículos determinantes de la necesidad de documento público respecto de algunos actos. De manera que, aun sin existir aquel precepto, sería obligatoria tal formalidad.

Anudando la exposición de la doctrina jurídica referente á las solemnidades de las servidumbres en punto á su constitución, examinemos la donación y el testamento como títulos constitutivos del expresado derecho real. El art. 633 exige escritura pú para la validez de la donación de cosa inmueble, concepto c prensivo de la servidumbre, á tenor del número 10 del art. El testamento requiere asimismo solemnidades diversas se su clase, pero todas se encaminan á darle el carácter de

mento público. El ológrafo es por su naturaleza privado, pero para ser válido, es requisito indispensable su protocolización. El abierto, sabido es que hay que otorgarlo ante Notario, y si bien en caso de epidemia ó de inminente peligro de muerte es lícito prescindir de aquél, caduca el testamento pasados dos meses desde que cesó la epidemia ó el testador salió del peligro de muerte. Guarda el cerrado alguna analogía con el ológrafo, en cuanto que puede ser escrito por el testador, pero es menester extender acta notarial de su otorgamiento y protocolizar el testamento á la muerte del testador. El militar necesita elevarse á escritura pública, según el art. 718; el marítimo ha de otorgarse ante el Contador ó Comandante del buque, existiendo en él la sustitución del Notario por dicho funcionario, y por último, los españoles pueden otorgarlo en el extranjero ante el Agente diplomático ó consular de España, que hace las veces de Notario.

Vemos, pues, que la constitución de la servidumbre por acto unilateral (donación ó testamento) requiere el documento público, no por virtud del nacimiento del derecho real, sino por exigirlo la ley como formalidad propia y general del acto constitutivo.

Puede caber duda acerca de si las formalidades de que hemos hablado en cuanto á la constitución de las servidumbres, se refieren exclusivamente á las voluntarias ó alcanzan también á las legales, porque, según dice Germano, tratando de la inscripción de las servidumbres, ésta tiene por objeto hacer pública, respecto de un tercero, la transmisión de un derecho, y como la ley es pública por sí misma, de aquí que la servidumbre establecida por ella no tenga que ser inscrita; esto—dice—sin contar que falta también el acto traslativo. En cambio, añade, estarán sujetos á inscripción los actos entre vivos en que se modifique ó extinga la servidumbre.

Presentada así la cuestión superficialmente, parece ser cierto el criterio de Germano, en el extremo primero, pero la realidad, la clínica del derecho, viene á demostrar lo contrario. La ley otorga, es cierto, la facultad de establecer diferentes servidumbres, pero respecto de aquellas que requieren propiamente actos encaminados á su planteamiento porque suponen algo afirmativo, positivas (estribo de presa, acueducto, parada, medianería, vistas), su creación, su individualización es, según hemos visto al hablar de la ley como título, convencional, voluntа-

ria. Mientras no se establezca el estribo de presa, el acueducto, la parada ó partidor, no existirá la servidumbre aunque haya derecho á ella, y este establecimiento y constitución entendemos que deberá inscribirse para que conste la forma, la modalidad, la manera de ejercerse la servidumbre, particular importante que interesa conocer para el caso de la transmisión del fundo dominante ó del sirviente. Viene á confirmar la pertinencia de nuestra opinión la de Germano, en cuanto á los actos intervivos (y *mortis causa* también, según nosotros) modificativos ó extintivos de la servidumbre, puesto que si debe acreditarse formalmente la modificación ó extinción, debe verificarse lo mismo respecto de su nacimiento. Lo que se modifica ó extingue no es el derecho de la servidumbre en general, sino el de la servidumbre existente, el de *una* servidumbre; se altera ó muere una servidumbre determinada, no el derecho establecido por la ley; luego si hay que hacer constar los actos modificativos ó extintivos, lógico parece aplicar igual criterio á los iniciales. Lo contrario valdría tanto como disponer la necesidad de que constasen en el Registro civil los actos modificativos ó extintivos de la capacidad ó estado civil de la persona (emancipación, matrimonio, defunción), y no el hecho del nacimiento. Sólo se puede modificar ó extinguir lo que existe legalmente, y resultaría en el caso á que nos venimos refiriendo, que se cambiaría ó extinguiría *una* servidumbre cuya existencia jurídica no constaba.

A más de estas consideraciones de carácter crítico, es dable alegar otras de carácter legal. La ley hipotecaria establece las llamadas hipotecas legales, es decir, el derecho á favor de determinadas personas (mujer casada, menor de edad) de que se constituyan hipotecas en garantía de sus bienes por aquellas otras que han de administrarlos. A pesar del derecho genérico á favor de todos los menores y mujeres casadas, en cada caso específico hay que inscribir la hipoteca constituída en beneficio del menor *A* ó de la mujer casada *B*. Ahora bien: la identidad de este caso con el de las servidumbres legales es evidente. Éstas son también derechos á favor de ciertas personas en consideración á la situación en que se hallan los predios de su propiedad con relación á otros: pero la afirmación de este derecho no obsta á que debe inscribirse cada servidumbre que nazca por virtud del derecho concedido por la ley.

b) Títulos supletorios.—Llamámoslos así porque suplen, equivalen, al título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, de las que sólo son susceptibles de adquisición por lo que el Código denomina título, ó sea de las continuas no aparentes (negativas) y de las discontinuas, sean ó no aparentes (paso).

Dos son los títulos que menciona el art. 540: la escritura de reconocimiento de la servidumbre por el dueño del predio sirviente, y la sentencia firme.

El concepto de *reconocer* lleva consigo la idea de la preexistencia de una persona ó cosa. Así, al decir reconocimiento de un hijo natural se sobreentiende que el hijo existe ó ha existido; cuando se habla de reconocimiento de una finca es indispensable la existencia. Al hablar, pues, de reconocimiento de servidumbre se da á entender que la servidumbre existe, y escritura de reconocimiento de servidumbre vale tanto como escritura en la que se afirma, en la que se confiesa y declara que hay constituída una servidumbre, en oposición á escritura de constitución (título constitutivo), en la que se crea, se establece, se constituye la servidumbre. Título de reconocimiento—dice Laurent—es el documento por el cual las partes reconocen la existencia de un derecho acreditado por un acto anterior llamado primordial. Si no hay reconocimiento de servidumbre existente con anterioridad—añade,—el documento no es un título de reconocimiento.

Cabe decir lo mismo de la sentencia firme. Las sentencias no dan derechos, únicamente los declaran; así que la sentencia sólo podrá declarar la existencia de un derecho real de servidumbre, pero no crearlo. Ambos conceptos, escritura y sentencia, implican el de reconocimiento, distinguiéndose en el carácter, pues uno es voluntario y el otro es forzoso. Pero esta afirmación determina una duda condensada en esta pregunta: si la servidumbre *existe*, algún origen ha debido tener, porque no se produce un derecho por generación espontánea, y si este origen es un título, ¿cómo hablar de la falta de éste y sí de la escritura ó de la sen-
:ia como supletorias de él?

.a persona á cuyo favor se reconozca en la escritura ó se de-
e en la sentencia la existencia de la servidumbre, ha gozado
lla con anterioridad á su reconocimiento; precisamente por
se reconoce la existencia del derecho real. ¿En virtud de qué

goza de ella? Queda excluída la posesión, pues el art. 540 se refiere á las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción. Descartada esta última, expresiva del único concepto que supone actos realizados por una persona, aquella á cuyo favor consta la servidumbre, sólo es admisible como raíz de la misma una relación jurídica existente entre dos personas, una en cuyo favor ó en el de un predio se declara ó reconoce y otra que ha de sufrirla. Pero esta relación jurídica es producto de algo, reconoce un principio, una fuente de donde nace la servidumbre, y éstos no pueden ser sino un acto ó contrato celebrado entre las dos personas sujetos de la relación.

Si una persona goza de una servidumbre sobre la finca de otra, y el goce no reconoce por causa la posesión, es por traer origen de la voluntad, porque la persona dueña del fundo gravado ha dado su consentimiento para ello. La servidumbre existirá, pues, por virtud del consentimiento expresado en un acto jurídico cuya naturaleza podrá variar, pero que no será otra cosa sino uno de los modos de adquirir, admitidos por el derecho. Si la servidumbre existe es debido á que se ha constituído, y la constitución sólo puede verificarse por alguno de los modos adquisitivos de los derechos reales. Así, existirá porque el dueño del predio sirviente haya ofrecido la constitución de la servidumbre y consienta graciosamente su ejercicio por haber mediado una prestación reciproca (contrato de compraventa, permuta, etc.).

Ahora bien: si el acto ó el contrato existe y hay, por tanto, título, ¿cómo hablar de no existencia de éste? ¿A qué caso se refiere el art. 540? Concierne, en nuestro entender, al en que no existe título expreso, ostensible, documento formal en que se establezca la servidumbre. Presentaremos ejemplos para confirmar la aserción. El dueño del predio sirviente ha otorgado permiso verbal ó en documento privado al dueño del predio dominante para usar de determinada servidumbre. Ésta no cabe duda que existe, pero su constitución en esta forma, ¿surtirá todos los efectos legales? No: el mismo que la constituyó puede negar su establecimiento en el caso del convenio verbal; el documento privado no produce efecto contra tercero ni es susceptible de inscripc en el Registro: de aquí el texto de la ley, preceptivo de la es tura (documento público) en que se reconozca, esto es, se ra que la constitución de la servidumbre, ó de la sentencia en

se declare la existencia. Puede también discutirse la existencia ó inexistencia de la servidumbre, y en el fallo se declarará si existe ó no, valiéndose al efecto de todos los medios de prueba admitidos por la ley. La escritura y la sentencia constituyen la sanción de la servidumbre. Ésta ha existido, pero no nace á la vida legal hasta su reconocimiento forzoso ó voluntario, aunque los efectos del reconocimiento se retrotraigan al momento de su constitución, como el hijo natural existe aun cuando no esté reconocido por sus padres, pero una vez sucedido así, surten los efectos de tal acto desde el nacimiento.

Es indudable que el precepto del art. 540 se refiere al caso en que, habiendo existido un título (acto originario de la servidumbre), no exista actualmente por haberse extraviado ó inutilizado el documento en que conste el origen de la servidumbre, ó el archivo de que proceda aquél, porque respecto de las servidumbres que pueden adquirirse por prescripción, se puede probar su existencia por la posesión.

Infiérese de aquí que el artículo concierne en el fondo al medio de prueba de las servidumbres que sólo pueden ser adquiridas por título, y que este concepto se halla empleado en el sentido de documento, á diferencia del art. 537, en el que figura como causa ú origen de la servidumbre. No hay, sin embargo, oposición entre uno y otro, dado el concepto de documento que se otorga á la palabra título, y los términos del art. 540. Habla éste de la falta de título constitutivo, y como no puede referirse al origen de la servidumbre porque ésta existe, y por tanto, al título, ó sea al acto jurídico originario de ella, no cabe sino admitir que concierne al documento en que se estableciere la servidumbre. Indícalo claramente el art. 634 del Código italiano, declarativo de que, «respecto de las servidumbres para cuya adquisición es necesario un título, no se puede suplir su falta sino por medio de un *documento* que contenga el reconocimiento de la servidumbre y emane del propietario del predio sirviente».

Este artículo habla de documentos sin determinar su especie, ...nde puede deducirse que concierne igualmente al público al privado, tanto más que el art. 1.314, núm. 2.º de dicho ...go (italiano), preceptúa que deberán hacerse en escritura ...ica ó en documento privado, bajo pena de nulidad, los ...tos que constituyen ó modifican las servidumbres predia-

les, derechos de uso ó habitación, ó transfieren el ejercicio del derecho de usufructo.

Nuestro Código no habla genéricamente de documento, sino específicamente de escritura pública y de sentencia firme, rechazando así los documentos privados. Y en esto ha procedido lógicamente, porque, conforme al art. 1.280, deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales.

Reconocimiento extrajudicial por escritura pública, declaración judicial por sentencia firme, son, pues, los modos de suplir el título constitutivo de las servidumbres.

Reconocimiento equivale á confesión, según hemos expuesto. La confesión es acto personal, unilateral, no bilateral ó contractual; en su consecuencia, preguntamos: ¿valdrá el acta notarial para los efectos del art. 540, ó será necesaria siempre la escritura? Los términos de la ley del Notariado, del Reglamento para su ejecución y aun de la instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, parecen autorizar una respuesta afirmativa del primer término de la pregunta. Estas disposiciones, al referirse á la escritura, hablan siempre de «otorgantes», lo que indica pluralidad de personas, actos jurídicos y bilaterales; es así que la confesión implica un acto unipersonal, luego no cabe aplicar á ella el concepto de escritura pública y sí el de acta, debiendo emplearse ésta y no aquélla en el artículo 540. No sólo esto: con relación expresa á las actas, el art. 91 del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874 para el régimen del Notariado, dice que «además de las facultades que, con relación al protocolo, concede á los Notarios el art. 17 de la ley, podrán éstos autorizar actas á instancia de parte, en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien y les consten, y que por su naturaleza *no sean materia de contrato*. Si, pues, la confesión ó reconocimiento de la existencia de una servidumbre no es un contrato, y si, por otra parte, el acta se limita á consignar la confesión del dueño del predio sirviente de que sobre éste existe servidumbre, parece que el acta notarial ha de ser título supletorio, en sentido de documento comprendido dentro del artículo 540, como equivalente á escritura pública.

No es, ó al menos no debe ser esto, y así lo ha declarado con

relación á otros particulares la Dirección general de los Registros. Con el conocimiento jurídico que revelan sus resoluciones, en una de 20 de Septiembre de 1875 dijo que «el testimonio de un acta notarial, en la que confiesa un acreedor haber recibido la cantidad que se le era en deber, no es documento inscribible, porque, si bien los Notarios están facultados para aplicar su ministerio oficial á los hechos y circunstancias que presencien, con arreglo á las leyes, levantando las oportunas actas, como sucede en el caso que un deudor entregue su débito al acreedor, *hecho* que pasa á la vista del Notario, no se encuentran en igual caso las confesiones que los acreedores otorguen de haber recibido el capital é intereses, porque no son hechos, sino declaraciones relativas á derechos que deben autorizarse por medio de escritura pública, aun cuando no sea necesaria la presencia del deudor». También en Resolución de 11 de Agosto de 1894 se declara no inscribible un acta en que, con referencia á un contrato anterior de compraventa de unos pisos de una casa, se declaraba qué pisos eran éstos, «por ser—dice la Resolución—un verdadero contrato aclaratorio de otros anteriores en que se rectifican vagos ó inexactos conceptos vertidos en escrituras precedentes».

Prestamos nuestra conformidad con esta doctrina en sí y aplicada á la materia de servidumbres. La confesión ó reconocimiento extrajudicial de la existencia de una servidumbre implica la declaración del nacimiento de un derecho, no la mera enunciación ó descripción de un hecho –caso de la resolución de 1875,– y además, tiene que referirse á un título, á un contrato anterior– caso de la de 1894—y, por tanto, requerir por ambos conceptos (la afirmación de la servidumbre), las solemnidades de la escritura pública. De aquí, pues, el precepto del art. 540.

La sentencia firme constituye la declaración judicial de la servidumbre, en oposición á la escritura, que es la declaración extrajudicial. La sentencia implica un pleito, contienda judicial entre partes acerca de la existencia de la servidumbre, y para ...bar ésta, serán admisibles toda clase de pruebas declaradas ...tinentes por la ley. Aunque ya lo hemos indicado, diremos ... en este caso la prueba no podrá referirse nunca á la pose... de la servidumbre, ni aun la inmemorial, porque precisa...nte el fin del Código ha sido suprimirla, y lo corrobora el

mismo artículo relativo á las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción.

Encaja en esta materia de los títulos supletorios la constitución de las servidumbres por el *Juez* ó por *adjudicación judicial*.

Este modo que admiten todos los autores antiguos, empleada esta palabra, no sólo en el sentido de tratadistas que escribieron hace tiempo, sino de aquéllos (sobre todo en España) que escribiendo al presente, se limitan á copiar á sus predecesores, á seguir sus pasos, sin investigar si el camino es bueno ó malo, deriva del derecho romano, de los tres juicios divisorios, *familiae erciscunde, communi dividundo* y *finium regundorum*, no habiéndolo admitido la legislación de Partidas, puesto que la 3.ª, tít. XXXI, ley 14, hablaba sólo, y hablaba bien, del contrato, del testamento y del uso.

Inferimos de aquí que era un modo contra ley, de mero valor histórico, introducido por los tratadistas y rechazado de consuno por la crítica y la ley; la primera, porque las sentencias no crean derechos, sólo los declaran; y la segunda, porque el Código está lo suficiente claro para no originar duda.

Aún podía caber alguna cuando no había servidumbres legales, pero consignadas éstas en el Código, es evidente que la cuestión queda completamente resuelta. Confirma la veracidad de lo expuesto el estudio de la cuestión respecto de los casos á que se aplicaba. Eran éstos la división de la cosa común ó de la herencia y el deslinde y amojonamiento. En ellos, por la división ó el deslinde, podían quedar algunas parcelas de terreno en situación que tuvieran necesidad de servirse de algún modo de otras, y aquí venía la autoridad judicial á imponer ó á declarar tales servicios.

Hoy, establecidas las servidumbres legales, inherentes á la situación en que se hallen ciertas fincas (en medio de otras y sin salida á caminos públicos), no hace falta declaración alguna. Por otro lado, si antes de la división unas partes de la finca prestaban á otras algún servicio, las servidumbres que acuse este servicio, subsistirán sin necesidad de declaración por virtud de la doctrina del art. 521 (signo aparente), en relación con la (modo de disfrute existente á la extinción de la confusión del d minio, como expondremos en el comentario de dicho artículo.

Resulta, por tanto, que el Juez no establece la servidumb

Ésta nace, por ministerio de la ley, como en los casos expuestos, ó por voluntad de las partes, si éstas lo acuerdan, en el caso de que la partición ó el deslinde se verifique judicialmente. Así lo indica la sana crítica y así lo declara el art. 536, conforme al cual las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los particulares. Y no puede ser otra cosa, porque la enajenación de una fracción de propiedad (uso ó prohibición de un uso de la cosa) en que consiste la servidumbre, sólo puede hacerse por el propietario individual de la cosa, por la voluntad singular del dueño ó por la voluntad colectiva (la ley).

c) *Prescripción.*—Son susceptibles de adquisición por este modo, conforme al art. 537, las servidumbres continuas y aparentes *(vistas, vertiente de tejados, estribo de presa, acueducto, parada ó partidor)*, porque las continuas no aparentes y las discontinuas *sólo* pueden adquirirse, según declara el art. 539, en virtud de título ó por los supletorios señalados en el 540, rechazando así terminantemente la posesión inmemorial.

El Derecho novísimo se aparta igualmente del romano y de el de Partidas. En el romano se encuentran disposiciones varias. La ley 14, tít. I, libro VIII *(Dig.)* afirma que las servidumbres no pueden adquirirse por prescripción. *Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo uso non capiuntur, vel ideo, quia tales, sunt servitutes, ut non habeant certam continuanque possesionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possesio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.* En oposición á este texto, la ley 12, tít. XXXIII, libro VII del Código, de la prescripción en general, dice que sus disposiciones son aplicables tanto á las cosas corporales como á las incorporales, como el usufructo y demás servidumbres... *Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consentunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes.*

Esta diversidad de preceptos del Derecho romano, más que reflejo de variedad ó contradicción del criterio del legislador, indica diferencia de tiempo, revela las vicisitudes de la doctrina de escripción aplicada á las servidumbres.

principio de la no adquisición por uso de las cosas incor- debió sufrir excepción respecto de las servidumbres. A ener la inflexibilidad del principio vino la ley Scribonia,

á la que se refiere el § *29, ley 4.ª, tit. III, libro XLI* del Digesto... *quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituébat*... Debió moderarse el rigorismo legal por los Pretores, y últimamente rigió el precepto de la *ley 12, tit. XXXIII del libro VII* del Código.

Las Partidas admitían también la posesión como modo adquisitivo de las servidumbres en la ley 14, tít. XXXI de la Partida 3.ª, pero en la 15 de los mismos título y Partida se distingue, ó mejor dicho, se señala término diverso, según la clase de la servidumbre. «*La que fiziesse seruicio á otri cotidianamente sin obra de aquel que la rescibe*» se adquiría por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. «*Mas las otras seruidumbres*—añade—*que non vsa dellas cada dia: mas á las vezes, e con fecho, assi como senda, o carrera, o via que ouiesse en heredat de su vezino: o en agua que viniesse una ves en la semana o en el mes, o en el año, et non cada dia, tales seruidumbres como estas et las otras semejantes dellas no se podrian ganar por tiempo sobredicho, ante dezimos que quien las quisiere auer por esta razon ha menester que aya vsado dellas, ellos o aquellos de quien las ouieron tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo começaron a vsar.*»

Según puede comprenderse por el cotejo de las disposiciones del Código con la legislación alfonsina, concuerdan ámbas en el principio de que las servidumbres continuas y aparentes se pueden adquirir por prescripción, pero se apartan, se bifurcan respecto de las demás. El Código acepta sólo, como queda dicho, la prescripción para las continuas aparentes, en tanto que las Partidas la extendían á las continuas no aparentes, toda vez que en la citada ley 15 se menciona entre las que pueden ganarse por la prescripción ordinaria de diez á veinte años, la de no edificar ó levantar más alto *(Esto mismo seria*—dice el repetido precepto legal—*si alguno... contrallasse que non alçasse su casa porque non le tollesse la lumbre...)*, y á las discontinuas, bien que respecto de éstas fuese necesaria la posesión inmemorial.

¿Por qué esta diferencia de criterio entre ambas legislaciones? ¿Por qué el Código español, abandonando el campo de la tradición y entrando en la corriente jurídica moderna, á la que sirven de cauce los Códigos de las Naciones extranjeras, establece la prescripción exclusivamente para las servidumbres continuas y aparentes?

La razón del precepto ha sido expuesta por los autores. Albisson, en su informe al título correspondiente del Código francés, después de hacer constar que ya se exigía para tales servidumbres la prescripción inmemorial, afirma que no se admite con relación á ellas prescripción alguna, porque la posesión no se manifiesta con actos frecuentes que basten para presumir el consentimiento, aun cuando no haya oposición formal.

Pacifici-Mazzoni explica también con claridad el fundamento del precepto legal. «La razón de esta disposición legislativa (la del art. 629 del Código italiano) se encuentra—dice—en la concurrencia de determinados requisitos, necesarios para la posesión legítima, elemento esencial y constitutivo de la prescripción adquisitiva. La posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública en concepto de dueño de un derecho real. Ahora bien: estos requisitos—añade—no pueden encontrarse reunidos sino en la posesión de las servidumbres, que son á la vez continuas y aparentes. La posesión de las servidumbres no aparentes adolece necesariamente de la falta de publicidad, y las discontinuas se ejercen por título precario, por tolerancia, mejor que por derecho.»

Encontramos también consignado en la obra de Nicolás Germano el por qué de la variedad del precepto legal en cuanto al modo adquisitivo de las servidumbres, sean ó no continuas y aparentes. No se admite la prescripción respecto de la servidumbre discontinua y de la no aparente, porque—dice—éstas se reputan siempre como efecto de la precariedad y de la tolerancia, salvo prueba en contrario, y su posesión no es, por tanto, legítima. Transcribe además la opinión de Pisanelli, en su relación acerca del proyecto de Código, expresada en estas afirmaciones: «En la servidumbre discontinua no se reconoce la posesión en cuanto los actos por los cuales se ejerce esta servidumbre, tienen un carácter absolutamente equívoco, incierto y precario y pueden interpretarse que se suceden, no por la conciencia de un derecho, sino por mera licencia ó tolerancia de aquél en perjuicio del cual redundan tales actos y cuyos derechos se limitan por éstos. De [illegible]que, cualquiera que sea el período de tiempo durante el cual [illegible]citen dichos actos, no sirven para constituir un título de p[illegible]ión suficiente para determinar la adquisición ó extinción d[illegible]ración correspondiente.»

La quinta esencia del fundamento del precepto prohibitivo de la adquisición de las servidumbres discontinuas y continuas no aparentes por prescripción, es ésta: la posesión ha de reunir los caracteres de pública y continua y derivar, no de la tolerancia, sino de actos ejercitados en concepto de dueño, esto es, se ha de ejercitar ostensible y constantemente y con *animus domini;* luego faltando estos requisitos en la posesión de las servidumbres mencionadas, no es admisible la prescripción como modo adquisitivo.

¿Es cierto el fundamento? ¿Ha debido, en su consecuencia, rechazarse la prescripción como modo adquisitivo de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas? Preguntas son éstas que envuelven una cuestión de capital importancia científica, por cuyo motivo merecen ser detenidamente estudiadas.

Tres son los particulares que integran la cuestión formulada: publicidad, continuidad y precariedad de la posesión. Examinaremos cada uno de ellos.

La publicidad es á la posesión, en general, lo que la apariencia respecto de la posesión en las servidumbres, ó en otros términos, la apariencia respecto de la posesión en las servidumbres, es la publicidad de la posesión en general. Por consiguiente, será pública la posesión de una servidumbre cuando ésta sea de las que «se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan su uso y aprovechamiento», como dice el párrafo último del art. 532, de donde, generalizando, se deduce que existe la publicidad en las servidumbres aparentes.

La publicidad alcanza, por tanto, á todas las aparentes, sean continuas ó discontinuas, porque unas y otras se usan públicamente, de manera ostensible, por signos exteriores que están á la vista del propietario del fundo dominante. La publicidad es lo opuesto á la clandestinidad, y es absurdo hablar de ésta existiendo un signo visible. Ahora bien: la posesión clandestina de un derecho no conduce á su adquisición por prescripción.

Para combatir la falta de publicidad, ó sea para afirmar la existencia de ésta, se alega el razonamiento de que hoy la inscripción en el Registro implica la publicidad y posibilita la prescripción de las servidumbres no aparentes. Germano refuta esa afirmación diciendo que la publicidad inherente á la inscripción es *legal,* de *derecho,* y la requerida por la posesión es de *he*

Así es, en efecto, añadiendo nosotros que la publicidad del Registro se refiere á tercero, supone ya la existencia de un derecho, y en la posesión se trata precisamente de su adquisición, del establecimiento de una relación jurídica entre partes. Para que exista un derecho respecto de tercero debe tener vida el derecho.

Otro de los elementos integrantes de la posesión es la continuidad, definida con relación á las servidumbres en el párrafo segundo del art. 532 del Código, «el uso, incesante, con más propiedad, el ejercicio constante, real ó posible de la servidumbre, sin la intervención de acto alguno del hombre». La continuidad jurídica existe sólo en aquellas servidumbres para cuya vida no es necesario acto alguno del hombre. Y se exige la continuidad porque el ejercicio de la servidumbre discontinua se reputa hecho á título precario por tolerancia y familiaridad, no por derecho.

La ineficacia de la tolerancia en materia de posesión se encuentra consignada terminantemente en dos artículos del Código civil. «Los actos meramente tolerados... no afectan á la posesión», dice el art. 444. «No aprovechan para la posesión—establece el art. 1.942—los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia ó por mera tolerancia del dueño.» La razón de esto se halla en la no certeza de la tácita voluntad del dueño del predio sirviente de querer ó no constituir la servidumbre, y en que en la posesión de tolerancia falta—dice Germano—el ánimo de tener la cosa como propia.

Expuestos quedan los fundamentos en que descansan cada uno de los elementos que deben integrar la posesión de las servidumbres. ¿Es, pues, admisible—volvemos á preguntar—el precepto legal que admite sólo la prescripción respecto de las servidumbres continuas y aparentes? En el terreno meramente especulativo, contestamos con una negación: entendemos, de acuerdo con Germano, que el precepto debiera ampliarse á todas las servidumbres aparentes, fuesen continuas ó discontinuas. Las razones que aduce dicho autor son concluyentes: «La servidumbre se posee—dice—cuando se posee la forma material que sirve para su ejercicio, no bastando la continuidad ó discontinuidad de éste que, en general, no se posee tan continuadamente que se le escape siempre entre las manos ó bajo el pie del poseedor: basta el ánimo de poseerla y el hecho de que no la posea otro para decir que se posee por nosotros. Desde este punto de vista, puede

también tenerse respecto de la servidumbre discontinua una posesión legítima cuando presenta una forma para su ejercicio, la cual se posee por el propietario del fundo dominante. Por el contrario, si la servidumbre continua no requiere el hecho actual del hombre para su ejercicio, es porque existe en ella siempre la forma que hace posible aquél; faltando la forma no existiría el ejercicio de la servidumbre, y no podría adquirirse por prescripción. Aun cuando un fundo—añade—no se posea siempre, materialmente de continuo, y sí únicamente al tiempo de la siembra ó de la recolección, sin embargo, la posesión se dice continua sólo porque el fundo está á disposición del poseedor,—y manifiesta, por último, que la permanencia de la forma es un carácter cierto de la firme voluntad de constituir la servidumbre, que excluye la tolerancia, porque la familiaridad y la buena vecindad pueden llevar á consentir una posesión precaria, provisional; pero no la que se afirma como perpetua y definitiva con la estabilidad de la forma.»

Como hemos dicho, asentimos al criterio de Germano, en apoyo del cual consignaremos algunos razonamientos. Las servidumbres aparentes llevan consigo todos los requisitos indispensables de la posesión. Reúnen la publicidad, porque el signo es la autorización de la servidumbre que equivale á aquella cualidad. Todo signo exterior de una servidumbre está indicando que allí existe ésta, y, por consiguiente, no puede menos de reputarse pública la posesión de una servidumbre de esta clase. Quien abre una ventana ó construye un acueducto sobre el fundo ajeno, no cabe pensar que procede clandestinamente, porque ambos signos pueden ser vistos por el propietario de aquél; hay publicidad en el sentido que tiene esta palabra en materia de posesión.

La permanencia del signo lleva aparejada la constancia, la continuidad del derecho. ¿Qué más continuidad puede exigirse? ¿No revela dicho signo el ejercicio de la servidumbre y la posibilidad de practicar éste siempre que se quiera? ¿Por qué no admitir la prescripción á pretexto de que por virtud de la discontinuidad se ignora si se intenta ó no adquirir la posesión de la servidumbre? Si se trata de una servidumbre discontinua, c es que su ejercicio no ha de ser continuo; ¿por qué ha de girse éste? Además, el mismo Código no afirma la continui como un principio absoluto; por el contrario, acepta la dis

tinuidad de hecho. Proclámalo abiertamente el art. 1.944, conforme al cual, la posesión se interrumpe naturalmente cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de *un año*. Ahora bien: si no obsta á la posesión la interrupción de un año ó menos de un año, ¿por qué se ha de exigir la continuidad absoluta, la propiamente tal, respecto de las servidumbres?

No cabe alegar el argumento de la tolerancia, el de que las servidumbres discontinuas deben su origen á la tolerancia del dueño, á relaciones de vecindad, porque la conducta de una persona ejecutando con repetición un acto determinado, indica que tiene intención de alcanzar el derecho que revela tal acto. Quien abre un hueco sobre el fundo ajeno, ó pasa por él, ó coloca en él una cañería, expresa bien á las claras que desea servirse del fundo de tal manera, usar de dicho modo de él, y como el dueño de éste no puede menos de saber que no tiene facultad el otro á usar del predio ajeno, es impropio hablar de tolerancia, de cortesía. Los actos reflejan siempre una intención; los propios de una servidumbre reflejan el de adquirir ésta: si el dueño no se opone á ellos, hay que presumir la voluntad, raíz de la prescripción. Creemos, pues, que la prescripción debiera extenderse á todas las servidumbres positivas.

Retirémosnos al campo del derecho positivo y estudiemos en él la prescripción de las servidumbres.

Ya sabemos á cuáles de éstas se refiere: á las continuas y aparentes, á las que reúnen conjuntamente estas dos cualidades. Así lo declara expresamente el art. 537, y se deduce también del 539, porque si, según éste, las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo pueden adquirirse por título, es indudable que las no incluídas en él, ó sea las continuas aparentes, son susceptibles de ser adquiridas por prescripción.

Para conocer desde luego las servidumbres á las que es aplicable la prescripción, procederemos á enumerarlas. Son éstas las de luces, vistas, viga, estribo de presa, parada, todas ellas de carácter voluntario, porque las legales, como indica este adjetivo, se adquieren por ministerio de la ley.

De la prescripción del dominio y derechos reales trata el título II del libro IV del Código civil, especialmente el cap. II, cuyo epígrafe comprende las mismas palabras acabadas de con-

signar. Dicho capítulo distingue la prescripción ordinaria y la extraordinaria. «Para la prescripción ordinaria del dominio y demás dererechos reales—dice el art. 1.940—se necesita poseer las cosas con buena fe, justo título, por el tiempo determinado en la ley». Este término encuéntrase fijado en el art. 1.957, conforme al cual, «el dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante *diez años* entre presentes, y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título». A la prescripción extraordinaria concierne el art. 1.959, declarativo de la adquisición del dominio y derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante *treinta años*, sin necesidad de título, ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el art. 539.

Los preceptos legales mencionados son los que rigen en materia de prescripción de derechos reales, son los generales; luego parece que han de ser pertinentes respecto de las servidumbres. ¿Es esto cierto? ¿Son aplicables los preceptos de los artículos 1.940, 1.957 (prescripción ordinaria) y los del 1.959 (prescripción extraordinaria)?

Nace la cuestión del precepto del art. 537, declarativo de que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título ó por la *prescripción de veinte años*. Como vemos, no es éste el tiempo fijado para el caso de la prescripción ordinaria (diez años), ni para la extraordinaria (treinta años), y tampoco se sabe de primera impresión á cuál de ellas se refiere, por no decir si basta el transcurso del tiempo ó son necesarios buena fe y justo título.

No cabe duda que el legislador ha querido establecer una excepción relativamente á las servidumbres.

De haber deseado que rigiese la doctrina general de la prescripción, no debería haber consignado precepto especial: bastaban los del cap. II del tít. XVIII del libro IV.

Su intención ha sido, pues, dar una regla particular para las servidumbres, como lo confirma el que la única excepción á los principios generales acerca de la prescripción, es referente á dichos derechos reales, como indica el art. 1.959.

La excepción es indudable. Existe una prescripción particular para las servidumbres, la de veinte años; pero ¿cuál es su naturaleza? ¿Es equivalente á la ordinaria, esto es, exige buena fe

justo título, ó, por el contrario, basta para ello, como en la extraordinaria, el mero lapso de tiempo?

Nuestra opinión es la última. La fundamos en las siguientes razones: el art. 537 manifiesta que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de *título*, ó por la prescripción de veinte años; se ve claramente que este precepto está empleado antagónicamente al de título: como opuestos. Habla disyuntivamente: el título ó la prescripción; luego ésta no comprende aquél.

Más poderoso es el razonamiento derivado de los términos del art. 538. De ellos se desprende que basta el transcurso del plazo legal para adquirir las servidumbres. Dice dicho artículo que el tiempo de la posesión se contará en las servidumbres positivas desde el día en que el dueño del predio dominante ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera impedido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

El origen de la prescripción está en ambos casos en los actos de la persona, en el comienzo del ejercicio del derecho; luego no hace falta el título: basta con que, á partir de tal momento, transcurra el término fijado por la ley. El acto originario de la prescripción, bien afirmativo, bien prohibitivo, suple, equivale al título.

No cabe, pues, duda de que la prescripción del art. 537 se refiere á la extraordinaria por su naturaleza, en cuanto que no requiere buena fe ni justo título. Pero ¿implica esto la inadmisión de la ordinaria? Es decir, además de la prescripción de veinte años de que habla el repetidísimo art. 537, ¿podrán adquirirse las servidumbres por la de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, establecida por los artículos 1.957 y 1.958, en relación con el 1.940?

Prescindimos en este punto de las consideraciones de carácter teórico que hace Germano en su obra, así como de la que éste y l ifici-Mazzoni sientan respecto de los Códigos francés é ita- l o. La cuestión tiene un valor preferente, por no decir en ex- c sivo práctico, legal, y por esto nos limitamos á su estudio c respecto á la legislación española, al Código civil.

a primera impresión lleva á contestar afirmativamente. Si la

prescripción á que alude el art. 537 es la que no exige buena fe ni justo título, ó sea la llamada extraordinaria, parece deducirse que además hay que admitir la ordinaria, la que requiere buena fe y justo título; la una no excluye á la otra, puesto que se encuentran consignadas para casos distintos: la ordinaria para el en que exista un título traslativo del derecho real, la extraordinaria para el en que no exista. Fortifica esta opinión la circunstancia de que el Código (artículos 1.940, 1.957 y 1.958) no habla sólo del dominio, sino también de los derechos reales, y como uno de éstos es la servidumbre, fuerza es comprenderla dentro de la doctrina general del Código.

Para resolver una cuestión hay que buscar su raíz, y ésta en el presente caso es la existencia en el derecho positivo de dos prescripciones: la ordinaria y la extraordinaria. Es así que la contenida en el art. 537 hay que reputarla extraordinaria, por reunir los requisitos de ésta; luego la ordinaria, respecto de la servidumbre, no puede ser otra sino la de los artículos 1.940, 1.957 y 1.958. Aquí se halla el origen del error, en creer que, puesto que el Código español (é igualmente los de otras Naciones) establece dos clases de prescripción, para la adquisición del dominio y de los derechos reales, forzosamente ha de aplicarse el precepto á las servidumbres.

Precisa reconocer que es comprensible el error, mejor dicho, su nacimiento; pero el Código español, confesémoslo con satisfacción, ofrece medios de subsanarle.

Innegable que la prescripción admite dos especies, ordinaria y extraordinaria; pero ésta, que es la ley general, no rige con relación á las servidumbres, que se regula por una especial, derogatoria, por tanto, de aquélla. Para las servidumbres existe una sola prescripción: la *especial* de veinte años consignada en el artículo 537. Obsérvase desde luego esta especialidad en el tiempo fijado por el artículo; no señala el de diez años de la ordinaria entre presentes, ni el de treinta de la extraordinaria, prueba de que no ha querido aceptar el uno ni el otro y sí fijar uno peculiar á la servidumbre.

Confírmanos en este criterio los términos de algunos artíct del Código referentes á la adquisición por prescripción de ot derechos reales, en parangón con los del 537. El 468, concernie al usufructo, dice que éste se constituye por ley, por voluntac

los particulares y por prescripción. Al hablar así, sólo de prescripción, claro es que no asalta duda alguna de que le son aplicables las disposiciones de la prescripción en general. Son prescriptibles, tanto el capital como las pensiones del censo—dice el artículo 1.620,—*conforme á lo que se dispone en el tít. XVIII de este libro.*

Encamínase más bien esta disposición á la prescripción extintiva; pero se cita para demostrar cómo habla el Código, cuando se refiere á las reglas generales de la prescripción.

En oposición á esto, se hallan los preceptos legales respecto á la prescripción de las servidumbres, preceptos que denotan una materia privilegiada, excepcional. De la prescripción extraordinaria se ocupa el art. 1.959; pues bien: la única excepción que admite es la determinada en el art. 539, del título de servidumbres; todos los derechos reales pueden—según dicho artículo—adquirirse por prescripción, todos menos las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, aparentes ó no, que sólo se pueden adquirir por título. El criterio de excepción, de privilegio, se refleja aquí de manera notoria y ostensible.

Se dirá: ¿pero y si una persona establece una servidumbre á favor de otra en virtud de un título, y después se anula éste (que es el caso de la prescripción ordinaria), no adquirirá aquélla la servidumbre si ha transcurrido el término legal? No. Es este tiempo, como se sabe, el de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y de aceptar la ordinaria, como quiera que el artículo 537 fija también el de veinte años, resultaría que para aquélla (entre ausentes) y para la extraordinaria regiría igual tiempo, lo cual no es admisible, porque de existir ambas debe de establecerse diferente término. Además, y éste es el punto principal, la admisión de la prescripción ordinaria, ó sea con título, como condición para la prescripción, conduciría fatalmente á la consecuencia de que por ésta podrían adquirirse servidumbres que, según el precepto expreso del 539, sólo pueden adquirirse en virtud de título. Establecida en escritura pública, por ejemplo, una s[illegible]dumbre de paso (discontinua) y anulada aquélla por cualq[illegible]r causa, si se aceptase el criterio de la prescripción ordinaria, r[illegible]ltaría que si había transcurrido el lapso de tiempo de diez ó v[illegible]e años, se declararía existente por prescripción, cuando lo r[illegible]erminantemente el citado art. 539.

No digamos que nos satisface el criterio derivado de la ley; al contrario, nos desagrada; mas hay que someterse á él. *Dura lex, sed lex.*

***

El punto de partida de la prescripción se encuentra determinado en el art. 538: en las positivas, el día en que hubiere empezado á ejercerse la servidumbre sobre el predio sirviente; en las negativas, el día en que se hubiese prohibido por un acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución del hecho en que consistiere la servidumbre. La razón de esta diferencia es ostensible: consistiendo las positivas en *un uso* determinado de la substancia de la cosa ajena, el tiempo para la prescripción ha de contarse desde que se ejercite el primer acto de dicho uso; consistiendo las negativas en la *prohibición de un uso determinado* de la substancia de la cosa ajena, el tiempo ha de empezarse á contar fatalmente desde el momento en que se hubiere prohibido por vez primera el uso.

De la disposición del art. 538 despréndense diversas consecuencias, algunas de ellas de importancia.

Es la primera, la de que, al mencionar las servidumbres positivas, se refiere á las que consisten en hacer algo en el fundo sirviente (uso específico de este fundo); á las positivas en sentido estricto, no á las que por ampliación ha dado también el Código la calificación de positivas, ó sea las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de hacer alguna cosa por sí mismo.

Ya expusimos en lugar oportuno (art. 533) la naturaleza especial de estas obligaciones llamadas servidumbres, naturaleza que, en nuestro sentir, admite sólo como origen de ellas el título, rechazando consiguientemente la prescripción.

Otra consecuencia es mostrar la flagrante contradicción existente entre dos preceptos del Código, y generalizando más, entre dos principios fundamentales en materia de prescripción de servidumbres.

Es regla capital, no sólo del Código español, sino de muchos extranjeros, y por eso el defecto no es peculiar de aquél sino común á todos, que sólo se pueden adquirir por prescripción la servidumbres continuas *y aparentes*, y lo es también que las d más sólo se pueden adquirir por título. Ahora bien: ¿cómo el a tículo 538 habla de la prescripción de las servidumbres negativ

que por su naturaleza *son no aparentes?* Todas las servidumbres negativas son continuas no aparentes, luego caen fatalmente dentro del precepto explícito del art. 539, conforme al cual *sólo* pueden ser adquiridas por título, excluyendo así terminantemente la prescripción.

El único fundamento que encontramos en pro de la posibilidad de adquirir las servidumbres negativas por prescripción, es el de que ésta deriva de un acto afirmativo (acto obstativo del libre ejercicio de alguno de los usos de la cosa), y en este punto cabe equipararlas á las positivas. Pero esto no impide la antinomia de los preceptos legales, porque si las servidumbres negativas son susceptibles de vida por la prescripción, no es exacto que sólo pueden nacer por título. Y si únicamente deben reconocer por causa la presencia de un título, está de más, sobra, hablar de prescripción respecto de ellas.

Ya sabemos que el art. 538 se refiere principalmente á las servidumbres negativas que son emanación de una positiva, á las servidumbres de no edificar ó de no alzar, consecuencia de la de vistas; mas aun así no se desvanece la contradicción, tanto porque si bien es cierto lo acabado de suponer, lo es también que habla genérica, no específicamente, de servidumbres negativas, pudiendo, por tanto, comprender á todas, como porque si el precepto se limitase á las servidumbres negativas, por ser secuela de unas positivas, lo lógico sería hablar de éstas, de lo principal, de la causa, no de aquéllas, de lo accesorio, del efecto.

Estamos ya oyendo el argumento capital contra esta opinión: la mera tolerancia: pero insistimos de nuevo en que no nos convence. Suponer tolerancia y no consentimiento en el propietario de un fundo, que permite sobre éste huecos durante diez, veinte, treinta ó más años, es incomprensible: creemos que nadie puede admitirlo: es una tolerancia intolerable. Aparte de esto, ¿qué diferencia existe entre tolerancia y consentimiento? La que entre otros muchos conceptos jurídicos: cuestión de nombre. El consentimiento implica la tolerancia, y el que tolera una cosa, consiente en ésta. Si el dueño de un predio sabe que nadie ha de pasar por él ó abrir huecos sobre él, y tolera á una persona que ejercite uno ú otro uso, ¿no implica esto la voluntad de que dicha persona goce de tal uso, llámese esto voluntad, tolerancia ó consentimiento?

Nos desagradan, decímoslo con franqueza, estos *tiquis-miquis* jurídicos. Fuerza es rasgar las vestiduras de la rutina para ponerse los hábitos de la realidad. Puesto que las servidumbres positivas consisten en actos, de cuya intención no puede dudar el que los sufre en su predio, admítase la prescripción respecto de ellas, sean ó no físicamente continuas, desde el acto primordial de uso.

***

Doctrina común al caso de la declaración de la servidumbre por sentencia firme y al de su adquisición por prescripción, es la referente á las *acciones confesoria* y *negatoria*. El caso de la prescripción supone también un juicio en el que se pruebe la posesión. Las acciones que se han de ejercitar en él, han de ser, la confesoria por el que pretenda afirmar la existencia de la servidumbre, y la negatoria por quien pretenda negar su existencia.

Es más: cabe sea extensiva al caso en que exista un título, puesto que puede surgir controversia acerca de su validez, y negarse, por tanto, la existencia de la servidumbre.

Estas acciones son de origen romano. *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.* Dig., libro VIII, tít. V, ley 1.ª En el párrafo primero de esta misma ley, se dice que la acción confesoria compete sólo al dueño del fundo. *Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quan domino fundi competit...*

Las Partidas nada dijeron acerca de estas acciones, conducta seguida por el Código español. La mayoría de los Códigos extranjeros procede también así, y sólo algunos hablan de este particular. Militan en esta minoría los Códigos de Guatemala y Méjico, que en sus artículos 1.286 y 1.141 respectivamente, preceptúan que «al que pretende tener derecho á una servidumbre, toca probar, aunque esté en posesión de ella, el título en virtud del cual la goza, y con especialidad el de la República Argentina, que en sus artículos 2.795 á 2.806, se ocupa expresamente de dich acciones.

El silencio del Código español no implica la inexistencia las acciones confesoria y negatoria, como la omisión de la le

lación alfonsina tampoco ha obstado á la vida de dichas acciones. Repetidas sentencias (12 de Abril de 1859, 18 y 25 de Enero de 1861, 1.° de Enero de 1862, 17 de Junio, 25 de Noviembre y 1.° de Diciembre de 1864, 26 de Octubre de 1865, 25 de Octubre de 1866, 24 de Enero y 23 de Diciembre de 1867, 10 de Enero de 1868, 19 de Marzo y 8 de Julio de 1872, 9 de Enero de 1873, 19 de Febrero de 1877, 30 de Diciembre de 1882, 19 de Enero de 1883, 31 de Enero de 1888) hablan de ellas, afirmando en síntesis los siguientes puntos doctrinales:

a) Las acciones confesoria y negatoria sólo pueden utilizarlas respectivamente el que sea dueño ó poseedor del predio en cuyo favor se considere constituída la servidumbre, ó de la finca cuya libertad se reclame.

b) El que ejercite la acción negatoria, debe sólo probar el dominio ó posesión del predio de cuya liberación se trate.

c) Al que ejercite la acción confesoria, bien como demandante, bien como demandado, esto último en el caso de que el dueño ó poseedor del supuesto predio sirviente entable la demanda y ejerza la acción negatoria, incumbe la prueba del gravamen, puesto que afirma su existencia.

Ahora bien: todos estos son, según hemos dicho, verdaderos puntos doctrinales, principios generales de derecho, derivados de la naturaleza de la servidumbre, y por tanto, subsistentes necesariamente aun después de la publicación del Código. Mientras haya servidumbres existirán acciones encaminadas á demostrar la existencia ó inexistencia de alguna de ellas sobre un fundo, que es lo que implican las llamadas confesoria y negatoria, y siempre al que afirme la existencia del gravamen le corresponderá la prueba de su afirmación, principio en armonía con la doctrina general de la prueba. Esto aparte de que el Código ha derogado los cuerpos legales, usos y costumbres del derecho civil anterior, pero no puede derogar la doctrina establecida por los Tribunales sobre materias no comprendidas en aquél.

d) Signo aparente.—La doctrina del signo aparente, tal como s[illegible]alla concebida en nuestro Código, es nueva en España como p[illegible]ento legal, y, en general, no es de muy antiguo origen.

Derecho romano la rechazó expresamente. Cierto que un t[illegible], *la ley 10, tit. VII del libro XI del Digesto,* parece admitir t[illegible]doctrina en cuanto que, refiriéndose al caso de que el ven-

dedor de un fundo exceptuase el lugar del sepulcro de él y de su familia, se afirma que puede pedir el paso para enterrar á un pariente, porque parece—dice el texto—que se aceptó también entre comprador y vendedor que pueda irse al sepulcro por el fundo, pero se ve desde luego que no se trata de una relación jurídica de servidumbre entre dos fincas como consecuencia del signo aparente existente en una de ellas, caso del art. 541, sino de la reserva de una servidumbre á favor del vendedor de un fundo.

Por el contrario, frente á dicho texto, inaplicable, se presentan otros explícitos, que no dan lugar á duda alguna: la *ley 30, título II, libro VIII del Digesto*, y *la 7.ª, tít. IV del mismo libro.*

El primero es terminante. Dícese en él que si alguien compra las casas que deben servidumbre á las suyas, se extingue la servidumbre por confusión; y si las vende de nuevo, se ha de imponer expresamente la servidumbre, pues de lo contrario se venden libres. *Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberae veniunt.*

El segundo es también importante. Manifiesta que el que tiene dos casas, si entrega una de ellas, debe expresar la servidumbre que tenga, pues si dice en general que debe servidumbre no vale esta declaración. *In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis, exprimenda est, ve, si generaliter serire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, qua servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.*

Las Partidas abundaban en el criterio romano. La ley 17 del tít. XXXI de la Partida 3.ª, referente á «*como se desata la seruidumbre quando se ayunta con aquella cosa que sirue comprandola alguno dellos*»; después de expresar que la servidumbre se pierde de esta manera (por confusión), añade que «maguer la enajene despues ó la tenga para si de alli adelante, nunca deue ser demandada, nin es obligada la cosa que assi es comprada á aquella seruidumbre, *fueras enle si despues desso fuesse puesta nuevamente*». Bien claro está que extinguida por consolidació una servidumbre, no renacía, separados los dos fundos, á no e tablecerse expresamente, doctrina antagónica de la del sign aparente.

La teoría de la apariencia del signo se ha formado por d

afluentes: la legislación extranjera y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la primera cabe aún establecer una distinción: unos Códigos admiten sólo la doctrina que consigna el art. 541 del español; otros establecen ésta y la llamada del destino del padre de familia.

Cuéntanse entre los primeros: el Código portugués, en cuyo artículo 2.274 se lee: «Si en dos predios del mismo propietario hubiese señales aparentes y permanentes puestas por el dueño, en uno ó en ambos, que demuestren servidumbres del uno para el otro, esas señales se tendrán, como prueba de servidumbre, cuando los dos predios pasen á distinto dueño, salvo si al tiempo de la separación se hubiese dispuesto otra cosa: los de Méjico y Guatemala, artículos 1.143 y 1.286, en los que indudablemente se ha inspirado el nuestro, declarativos de que «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido ó conservado por el propietario de ambas, se considera como título para que la servidumbre continúe activa ó pasivamente cuando las fincas pasan á propiedad de diferentes dueños, á no ser que al tiempo de dividirse la propiedad se expresare lo contrario en el título de enajenación de cualesquiera de ellas».

Entre los segundos figuran los Códigos belga, francés é italiano. Los de Bélgica y Francia sientan la doctrina del destino del padre de familia en el art. 692, á cuyo tenor, «el destino que á sus fincas dé el padre de familia equivale á un título respecto de las servidumbres continuas y aparentes», añadiendo en el 693 que «se entiende realizado el caso previsto en el artículo anterior cuando se haya probado que los dos predios, ya divididos ó separados, han pertenecido al mismo propietario, por el cual se han puesto las cosas en el estado del que la servidumbre se deriva».

La doctrina equivalente á la contenida en el art. 541 del Código hállase condensada en el art. 691 del Código napoleónico, conforme á cuyo artículo, «si el propietario de dos heredades, entre las cuales existe una señal aparente de servidumbre, dispone de una de ellas sin que el contrato contenga ninguna cláusula relativa á la servidumbre, continuará ésta existiendo en favor ó en perjuicio de la finca vendida». En el Código italiano existen los artículos 632 y 633, cuyo tenor literal es el siguiente: «La servidumbre por voluntad del padre de familia tiene lugar cuando

se establece por todo género de prueba que dos predios, actualmente divididos, han sido poseídos por el mismo propietario, y que éste ha puesto ó dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre (art. 632). Si los dos predios dejan de pertenecer al mismo propietario, sin ninguna disposición relativa á la servidumbre, se considerará ésta establecida activa y pasivamente en favor y sobre cada uno de los predios (art. 633).

Tales son los antecedentes, ajenos al derecho español, del artículo 541 del Código; expondremos ahora todas las sentencias que se refieran á la doctrina sustentada por éste para demostrar cómo se forma una jurisprudencia contra ley (17, tít. XXXI, Partida 3.ª), y á qué servidumbres se refiere, punto este importantísimo.

Jurisprudencia.

Lo dispuesto en la ley 14, título XXXI, Partida 3.ª, referente á la constitución de las servidumbres, no se opone al principio de que cuando uno vende parte de un terreno que le pertenece y no se establece en el contrato de venta un *modo distinto de disfrute* por el comprador del que usaba el vendedor, se entiende vendido el terreno con las servidumbres necesarias para su conservación. *(S. de 14 de Septiembre de 1867.)*

No se infringe la ley del contrato al absolver de la demanda sobre declaración de libertad de una finca de toda servidumbre, si resulta que, si bien en la escritura de compra de una casa se expresó que la finca no tenía gravamen de censo, hipoteca ni otro alguno, la admitió el comprador en el *estado creado en virtud del convenio entre su dueño y el de una contigua* que había establecido las servidumbres de ambas fincas, el que lo aceptó como esencial al contrato, entendiéndose hecha la compra en forma que estaba á la vista de los contratantes.

Tampoco se infringen las leyes 14 y 17, tít. XXXI, Partida 3.ª, puesto que aun prescindiendo del hecho de haberse establecido en provecho común de las fincas la manera de construcción establecida en el convenio citado, todavía conservando dicho estado mientras las fincas pertenecieron al mismo dueño y vendidas separadamente en el propio estado sin establecer alteración en ninguna de las dos ventas, los compradores lo aceptaron y se conformaron con él, restablecien

al hacerla los servicios recíprocos que las fincas venían prestándose.

Tampoco infringe la sentencia la ley 114, tít. XVIII de la Partida 3.ª, ni los artículos 279, 280 y 281 de la ley de Enjuiciamiento civil (de 1855), si resulta que no ha negado á la escritura de venta la fuerza probatoria que la corresponde; ni al dar por probado que el comprador, al adquirir la casa en la forma que de antiguo tenía, aceptó la manera de ser de ambas fincas, restableciendo, al hacerlo, los servicios recíprocos que nunca dejaron de prestarse, aunque fuera con nombre diverso, durante el período de tiempo en que el dominio de ambas casas estuvo confundido en una persona, no quebrantaba ley alguna de las que parten del supuesto de haber contratado lo contrario, dando á la falta de gravámenes consignada en la escritura la extensión de variar su manera esencial de ser. *(Sentencia de 10 de Julio de 1880.)*

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, tít. XXXI, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se [illegible]ne al principio de que al se[illegible]arse dos predios que entre sí [illegible]staban servicios estableci[illegible] por el propietario de ambos, sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el antiguo dueño, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo; y el signo aparente de ella es un título para que continúe, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario. *(S. de 7 de Junio de 1883.)*

Según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, título XXXI, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que dividido un predio entre dos diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de disfrute diferente del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entienden subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo; y el signo aparente de ellas es un título para que continúen, si al tiempo de la división de la propiedad no se expresa lo contrario, como acontece en el caso de autos, puesto que la finca objeto del pleito al fallecimiento del dueño se dividió entre sus hijos, sin establecerse novedad respecto á la manera de su disfrute. *(S. de 7 de Noviembre de 1883.)*

Según ha declarado reitera-

damente el Tribunal Supremo, lo dispuesto en la ley 14, título XXXI, Part. 3.ª, que trata de cómo se constituyen las servidumbres, no se opone al principio de que, dividida una finca entre diferentes personas, sin que se establezca en el contrato un modo de aprovechamiento distinto del que usaba el primitivo dueño de la totalidad, se entiendan subsistentes las servidumbres necesarias para verificarlo.

Este principio es aplicable precisamente al caso de autos, toda vez que una finca perteneciente al demandante y la perteneciente al demandado, formaron todas reunidas, junto con otras fincas colindantes, un mayorazgo, habiendo justificado el demandado por acción negativa, que durante la posesión de las heredades, primero por su padre, y después por él mismo, se utilizó por ambos el camino objeto de este litigio, y asimismo que al vender posteriormente á una causante de la demandante la finca gravada, no se hizo expresión de que se modificaba de algún modo, ó se suprimiera el uso que hasta entonces se hacía del camino, es evidente ya, no la existencia de un signo aparente de servidumbre, sino la servidumbre misma. (*S. de 21 de Octubre de 1892.*)

Al separarse dos predios que entre sí tienen algún servicio ó servidumbre establecida, sin que se pacte un modo de disfrute distinto del que usaba el dueño de ambos, se entiende subsistente el servicio ó servidumbre: el signo aparente de dicha servidumbre es un título para que continúe, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario. (*S. de 26 de Junio de 1893.*)

Expuestos los antecedentes legales extranjeros, los precedentes contrarios españoles y los doctrinales del art. 541, pasemos al estudio de éste.

Tres son los requisitos que, según el texto del artículo que comentamos, han de concurrir para regir su precepto: 1.º, existencia de un signo aparente entre dos fincas; 2.º, enajenación de una de ellas; 3.º, declaración contraria á la existencia de la servidumbre en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura. Analicemos cada uno de ellos:

1.º *Existencia de un signo aparente entre dos fincas.*—Este

mer requisito es el que ofrece mayor importancia por las cuestiones que encierra. En dos grupos se pueden clasificar éstas: uno, objetivo ó real, ó sea referente al signo mismo y clases de servidumbres á que se extiende, y otro, subjetivo ó personal, ó sea por quien ha de establecerse el signo.

El artículo habla de «la existencia de un signo aparente», luego se refiere—así cabe inferirlo—á las servidumbres que tengan éste, es decir, á las aparentes. ¿Esto es cierto? Nosotros lo creemos así, tanto por la letra del artículo como por la realidad de los hechos que vienen á ratificar su exactitud. Todas las servidumbres positivas, de interés privado, aquéllas á las cuales puede aplicarse la doctrina, porque el signo es expresión de un uso y éste supone siempre algo positivo, son aparentes en el sentido que expusimos en el comentario del art. 532, en el de que reúnen, por lo menos en algún caso, la cualidad de la apariencia. Tal resulta de la enumeración de las principales de ellas en el citado art. 532, que reproduciremos ahora sumariamente.

La del predio superior sobre el inferior puede ser aparente en el caso de que en aquél haya alguna obra que indique la existencia de la servidumbre.

Las de estribo de presa y acueducto son aparentes; la de saca de agua y abrevadero (admitiendo que sean servidumbres), cuando existan obras adecuadas á estos aprovechamientos (pozo, fuente, estanque); la de paso, si se manifiesta por un camino ó vía; respecto de la de medianería, precisamente hay servidumbre, según demostraremos en la sección correspondiente, cuando hay signo exterior; las de luces y vistas, son aparentes, y la de desagüe, en general, lo es; y decimos en general, porque en algunos casos puede no serlo.

La cualidad de la apariencia se deriva también razonando á la inversa, porque si las servidumbres negativas son no aparentes, las positivas deberán serlo.

De estas premisas se deduce la consecuencia de que, en general, la doctrina del signo aparente es aplicable á las servidumbres positivas, porque en casi todos, ó, por mejor decir, en la mayoría de los casos, dichas servidumbres presentan un signo. Pero, ¿no existe el signo? Conviene estudiar ambas hipótesis.

El signo tiene un valor simbólico, representativo: vale en cuanto representa y simboliza una servidumbre, es su exteriori-

zación. Si el Código admite el signo como título, es porque éste supone, necesariamente, el ejercicio de una servidumbre de la que el signo es la manifestación externa. De modo que el signo es sólo la forma: el contenido, lo esencial, lo constituye el aprovechamiento de la servidumbre, el ejercicio del derecho en que ésta consiste. Ahora bien: cuando, en el caso del art. 541 (desaparición del estado de confusión, ó sea consolidación del dominio de varias fincas por enajenación de una ó de todas), exista el signo, la mera existencia de éste basta para afirmar la de la servidumbre, por ser el indicador de un estado jurídico determinado, de la servidumbre misma. Por eso se dice que el signo equivale al título.

Si no existe signo, consideramos, no obstante, viva la servidumbre, no por la doctrina del signo, sino por el estado jurídico creado por los actos del dueño de las fincas mientras estuvieron unidas, ó antes de dividirse si fué una, por la doctrina establecida en las sentencias transcritas. Ya hemos manifestado que lo principal en el caso del signo es dicho estado jurídico; el signo es accesorio, en cuanto es sólo la expresión de tal estado: por lo tanto, ha de concederse valor á lo principal.

Sabemos que el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 3 de Noviembre de 1892 que no es lícito alegar la jurisprudencia anterior al Código civil en casos que han de resolverse por éste; mas, antes y después del Código, tendrán valor los principios doctrinales, fundados en la razón y en la sana crítica, como el consignado en las sentencias mencionadas de que «al dividirse una finca, ó separarse dos predios que se prestaban entre sí ciertos servicios, sin que se pacte en el contrato un modo de disfrute distinto del que usaba el dueño, hay que considerar subsistente la servidumbre ó servidumbres que implican tales servicios». Y el mismo Tribunal Supremo sanciona nuestro criterio en sentencia de 10 de Diciembre de 1894, por cuanto que al establecer en ella que no pueden ser invocados como motivos de casación principios de derecho sin señalar ley, regla ó sentencia que los autorice, dedúcese *a contrario sensu* que pueden ser invocados y tienen valor los principios citados en sentencias, aunque éstos sean anteriores al Código.

El fundamento de la teoría del signo es el disfrute de las cas, anterior á la enajenación por el dueño de ambas, y la pres

ción de que al no disponer nada en contrario, ora materialmente conservando el signo, ora jurídicamente no pactando en oposición, es su voluntad la subsistencia de la servidumbre. Aún hay más: hay, en nuestro entender, no sólo presunción de voluntad del enajenante, ó sea del dueño de las fincas que estuvieren confundidas, sino convención, siquiera sea tácita, entre el vendedor y el adquirente de la finca vendida. Puesto que pudiendo estipular la no existencia de la servidumbre, nada dicen ó nada hacen, fuerza es presumir que el segundo (comprador) acepta el estado jurídico creado por el primero (vendedor).

Esta opinión la confirma más taxativamente la sentencia de 10 de Enero de 1883, referente al caso de la división de una finca poseída en común y dividida entre varias personas, sin haberse manifestado nada en pro ó en contra de una servidumbre de paso al verificarse la partición. En dicha sentencia se establece la siguiente doctrina:

«Es verdadero pacto, no sólo el que se constituye por el consentimiento expreso, sino también por el tácito, y éste existe en favor de una servidumbre de paso al partirse una finca, por estar probado que para el disfrute y cultivo de una de las mitades era forzoso entrar y salir por la otra, y así se había entendido por los actos posteriores de los interesados.

»Si bien la acción negativa en las servidumbres discontinuas tiene una duración proporcionada al tiempo que ellas requieren para ganarse por prescripción, esto no rige cuando no se trata de un derecho adquirido por el uso, sino en fuerza del convenio realizado al partirse la misma.»

Estas consideraciones son aplicables igualmente al caso en que exista signo y al en que no exista, y nosotros creemos que ambos debieran tener acogida; y, hablemos con mayor franqueza, deben tenerla en el art. 541, porque son la misma y única doctrina.

Para nosotros, así el signo aparente como el modo determinado de disfrute de una finca en relación con otra ú otras, establecido ó creado durante el tiempo que el dominio de las dos estuvo consolidado, en el caso de enajenación de cualquiera de ellas ó de todas, equivalen igualmente al título. La razón del principio es idéntica y esto impone la igualdad del precepto.

Sin embargo, conocemos el apego de los Tribunales á la letra

de la ley, acaso precisamente por la misma razón que acabamos de utilizar, ó sea la de que la letra es el signo, la exteriorización del pensamiento del legislador, y dudamos que sigan nuestro criterio. En este sentido, cabe afirmar que cuando exista el signo aparente se aplicará el art. 541, bastando probar esto y la confusión del dominio de la finca. Cuando no exista aquél habrá también servidumbre, esto es para nosotros indiscutible; pero el hecho caerá dentro de la jurisdicción del art. 540, será uno de los casos en que podrá afirmarse la existencia de la servidumbre por sentencia firme, probando el hecho de haber estado reunidas las fincas bajo un solo dueño y el de haber éste establecido ó conservado el modo de disfrute de ellas, determinativo de la servidumbre.

Con relación á las servidumbres positivas, los autores extranjeros sostienen que no es aplicable la doctrina del signo aparente á las discontinuas, entre otras razones, como fundamental, por reconocer por origen la tolerancia, la precariedad. Hemos expuesto ya que no nos convence esta doctrina de la tolerancia, respecto de las servidumbres en general, porque no se compagina la mera tolerancia con la repetición de actos, y mucho menos en particular, ó sea en cuanto al caso del art. 541. Cuando se trata de servicio entre dos fincas pertenecientes á distintos dueños, constitutivo de una servidumbre, aún cabe hablar de la tolerancia de uno de ellos; en el caso de un uso, de un servicio impuesto por el dueño de las dos, es absurdo, esta es la palabra, aludir siquiera á la tolerancia, porque el dueño no se va á tolerar á sí mismo. Hay otra razón concluyente: se alega la tolerancia en las servidumbres discontinuas en el caso de la inexistencia del título, en el de la prescripción. Ahora bien: conforme al art. 541, *el signo equivale* al título; luego no hay para qué hablar de tolerancia, ni de continuidad ó discontinuidad. Existiendo título, estas cuestiones son indiferentes, más aún, letra muerta. Por eso entendemos nosotros que en el derecho español no hay que distinguir entre servidumbres continuas y discontinuas para el efecto de considerar aplicable ó no la doctrina del art. 541. Esto, aparte de que tal doctrina y la del uso del dueño común de las dos fincas, que son gemelas, han sido aplicadas á las servidumbres de paso en varias de las sentencias que, como preceden doctrinales, hemos insertado (14 de Septiembre de 1867, 7 Junio y 10 de Noviembre de 1883 y 21 de Octubre de 1892).

Siendo la esencia del precepto del art. 541 el acto ó la serie de actos ejecutados por el dueño de los dos predios durante el tiempo que estuvieron unidos ó de uno solo antes de su división material, como encarnación de la voluntad del dueño, infiérese que rige sólo respecto de las servidumbres positivas, no de las negativas.

Éstas consisten en no hacer, y el no hacer no puede constituir un estado de derecho. Lo que sí podrá acontecer es que el dueño cree un uso de una de las fincas que implique la renuncia, la extinción de una servidumbre negativa. Aclararemos esta afirmación. Los artículos 590 y 591 establecen, en interés del predio colindante, la prohibición de verificar ciertas construcciones ó plantaciones, á no ser con las condiciones que en los mismos artículos se expresan.

Supongamos que en el caso de ser los dos predios de propiedad de una persona, ésta construye ó planta á menor distancia ó sin los requisitos determinados en los artículos 590 y 591, y enajena una ó las dos fincas, dejando la construcción ó plantación en el modo por él creado: ¿qué sucederá? En nuestro entender, surgirá una servidumbre, por ser aplicable taxativamente el art. 541. Los preceptos de los artículos 590 y 591 se hallan establecidos en favor del interés privado del predio contiguo, son derechos á favor de éste, y, por tanto, renunciables. Prueba de ello es que, no sólo en el caso de consolidación del dominio de las fincas contiguas, sino en el de que estén separadas, el dueño de una de ellas podrá otorgar al de la otra el permiso para construir ó plantar á menor distancia de la fijada por la ley, pues que si bien el derecho emana de esta ley, se encuentra consignado en interés particular, no general, en beneficio del dueño de la pared ajena y medianera, y como establecido en provecho suyo exclusivo, lo puede renunciar. Por tanto, la construcción ó plantación que haya hecho el dueño de las dos fincas durante el período de confección del dominio determinará, á la extinción de este período, la existencia de una servidumbre, limitada, como toda servidumbre, á la modalidad ó manera como se ejerza. Es d , que así como en el caso de una servidumbre de vistas, la a isición de ésta sólo da derecho á gozar de los huecos exist s, sin que implique la facultad de abrir otros nuevos, de ig manera, en el que nos ocupa, no será lícito ejecutar más

construcciones ó plantaciones, sino gozar de las creadas ó establecidas por el dueño antes de la separación del dominio.

El artículo habla de signo aparente entre dos fincas. El empleo de la preposición «entre» y del adjetivo numeral «dos» parece expresar que el signo ha de estar precisamente en las fincas y que éstas han de ser justamente dos. No es, sin embargo, así. En cuanto al signo, hay que estar á lo dicho en el lugar referente á la apariencia ó no apariencia de las servidumbres. En algunas de éstas, el signo se encuentra sólo en el fundo dominante (vertiente de tejados, huecos de ventanas, balcones, azoteas, terrados, etc.): en otras el signo constitutivo propiamente de la servidumbre, se halla en el sirviente, como en la de parada ó partidor, y en otras, existe en el dominante y en el sirviente, formando una unidad material, como en el acueducto, paso y desagüe.

Respecto del número de fincas, es indudable que el signo puede referirse á más de dos. Así, los huecos, signos representativos de la servidumbre de vistas, pueden recaer sobre dos ó más predios; un solo edificio tener vistas sobre dos ó más fincas; el acueducto, el camino, puede atravesar varios fundos propiedad de la misma persona. En todos estos casos, el signo existe entre varias fincas, y si dado el supuesto de un edificio con vistas sobre dos ó más patios ó jardines, pertenecientes todos al mismo dueño, se enajena aquél, en las circunstancias que comprende el artículo 541, es claro que la servidumbre existirá, no entre dos fincas, sino entre tres ó las que sean. Este y no otro es el espíritu del artículo, y si en él se ha consignado el número dos es atendiendo á que, generalmente, son dos los predios entre los que existe la relación jurídica de servidumbre, pero sin que quepa excluir el caso de que dicha relación se extienda á mayor número de fincas.

El segundo elemento que se ofrece dentro de la primera de las circunstancias que han de concurrir en el caso del art. 541 es, como dijimos antes, subjetivo ó personal: por quién ha de ser establecido el signo. Parece ocioso formular esta cuestión cuando el art. 541 dice bien claramente que «por el propietario de a bas»; mas la cuestión existe en el aspecto que expondremos.

No cabe duda que sólo el propietario de la cosa, es decir, de substancia de ésta, es quien podrá enajenar un uso de dicha su tancia ó imponerse la prohibición de un uso de ella, de aqu

que es suyo. En este sentido no hay vacilación; nace ésta al considerar si será aplicable el artículo únicamente en el caso de que el signo se haya *establecido* por el propietario de las varias fincas, esto es, durante la consolidación del dominio de todas, ó si alcanzará también al en que, existiendo ya el signo con anterioridad á la consolidación, el dueño lo haya *conservado* sin alterarlo ó destruirlo.

No es esta cuestión meramente imaginaria, porque existe al menos en la legislación comparada, en cuanto el Código español, el portugués y el francés, hablan sólo de signo establecido por el propietario, y el italiano (art. 632), guatemalteco (art. 1.288) y mejicano (1.143), hablan de signo establecido ó conservado, ó de dejar las cosas en el estado del que resulte la servidumbre.

Hay argumentos de gran valor en pro de uno y otro criterio. En favor del criterio restrictivo milita el tenor literal del artículo al referirse al signo establecido por el propietario de las fincas, y por consiguiente relativo al período del dominio consolidado; pero además cuenta en su apoyo con la razón de que, si existe el signo, y por tanto la servidumbre antes de la confusión, al verificarse ésta muere la servidumbre y se trata, no de una nueva, sino del renacimiento, esta es la palabra, de una servidumbre muerta.

Favorables al criterio expansivo, encuéntranse razones que, en nuestro sentir, inclinan de este lado el fiel de la balanza. En primer término, no siempre existe propiamente la servidumbre á pesar de existir el signo, ó usarse de un determinado modo de un fundo, con anterioridad á la confusión ó consolidación. Así, puede suceder que entre dos fundos exista realmente la servidumbre de paso, de vistas ó de desagüe, por haberse establecido por título ó haberse ganado por prescripción, ó que existan los canales, los huecos y el camino sin haberse ganado la servidumbre por no haber mediado el acto obstativo generador de la prescripción ó no haber corrido el tiempo suficiente para ésta. En tal caso no cabe hablar de la extinción de la servidumbre por consolidación, puesto que no puede morir lo que no ha vivido.

Pero aun suponiendo la existencia de la servidumbre, ésta re- e porque vuelve á crearse un medio ambiente apto para su envolvimiento. La creencia contraria nace de fijarse en el mo- to de la consolidación del dominio en vez de mirar solamente

al de la separación por enajenación de una ó más fincas ó división de la única, que es el momento á que debe atenderse. Lo que determina el reconocimiento de la servidumbre es la presencia de un signo ó la de un estado de hecho y de derecho en el instante de la ruptura del dominio consolidado, sea que el signo ó dicho estado hayan sido creados por el propietario, ó éste le haya respetado. En ambos casos, existen uno ó más signos ó un modo de disfrute de un fundo, y en ambos el fundamento de admitir la servidumbre es el mismo: la voluntad tácita de los contratantes de respetar el estado de derecho existente al terminarse la consolidación del dominio, demostrada por la conservación del signo ó por el silencio en contrario. En ambos casos también hay que presumir igual la intención del propietario de que una finca ó parte de ella sirviese á la otra ó á una fracción, y conocido es el principio de que *ubi eadem est ratio eadem juris dispositio esse debet*.

La presunción es aún más fuerte en el caso del respeto por el propietario del estado de cosas anterior á la remisión del dominio, porque, como dice Laurent, en tanto que puede existir alguna duda acerca de la intención del dueño en el caso de que éste haya establecido el signo ó el estado de hecho constitutivo del servicio, no cabe en el de que dicho estado prexista en concepto de servidumbre. Si el artículo entraña la ficción legal de que el signo equivale al título, y nosotros hemos dicho que el disfrute equivale al signo, bien puede añadirse aquí que la conservación ó respeto por el dueño, del signo ó del modo de disfrute equivale á su establecimiento.

Queriendo reforzar la defensa de esta opinión, aún se pudiera alegar que hay que limitarse á lo taxativamente dispuesto en la letra de la ley cuando ésta rechaza otra interpretación, es decir, cuando asienta el precepto legal un principio que excluye ó repele por su naturaleza todos los demás, lo que no sucede en el caso del art. 541, porque el que éste se refiera al signo establecido por el propietario, no implica el que no pueda aplicarse al conservado por él, ya que no son principios antagónicos y contradictorios.

2.° *Enajenación de alguna de las fincas cuyo dominio esté consolidado.*—Nos valemos del concepto que el enunciado revela porque en el momento de la enajenación de una sola finca, aunque sea

dos ó más las reunidas bajo el dominio de un mismo dueño, es cuando nace la servidumbre. Y así es la realidad, porque si se enajenan los dos predios á una misma persona, entonces continúa igual estado de hecho, y, por tanto, de derecho, puesto que sigue el dominio confundido; y si se enajenan separadamente, claro que no es posible que sea en un mismo momento, en una misma unidad de tiempo, pues forzosamente se enajenará uno antes que el otro. El vendedor no puede tener el don de ubicuidad, ni otorgar en el mismo instante las diversas escrituras. El momento decisivo de la existencia de la servidumbre es, por tanto, el de la separación de la propiedad de las dos fincas, como dice el artículo, el de la ruptura, digámoslo así, del dominio consolidado de las fincas entre las que haya de existir la servidumbre. Consignamos estas últimas palabras porque muy bien puede suceder, como ya hemos indicado, que el uso de la cosa constitutivo en su caso de la servidumbre, la relación jurídica proveniente del servicio que una cosa preste á la otra, exista entre más de dos fincas. Así, en el caso de una finca que tenga vistas sobre dos ó más patios ó jardines, ó viceversa, de dos ó más edificios con huecos sobre un solo patio, jardín, corral, solar, etc., si se enajena una de las que son varias (dominante ó sirviente), conservando el signo, la servidumbre nacerá entre la finca enajenada y aquella otra sobre la que haya de gravar la servidumbre activa ó pasivamente, puesto que se ha roto entre ellas la consolidación del dominio.

El artículo se refiere á la separación de la propiedad de las fincas consolidadas, ó sea á su enajenación, comprendiendo, por tanto, todas las modalidades de la transmisión total del dominio, compraventa, permuta, donación. Lo que importa es la disgregación de una finca del dominio confundido, cualquiera que sea la modalidad de la separación.

Puesto que la servidumbre depende de la voluntad del dueño y del adquirente, demostrada por la conservación del estado de cosas existentes al separarse el dominio, ocurre pensar, juzgando de primera impresión, que no es aplicable el precepto al caso en no verifique la enajenación el propietario por sí ó por otra ona en su nombre. Sin embargo, no es así: no importa que ea el propietario mismo, basta que sea su representante legal ño, como los síndicos en el caso del concurso ó de la quie-

bra, ó el Juez en el juicio ejecutivo. Los síndicos ó el Juez representan la personalidad del propietario, equivalen á éste, y sus actos tienen el mismo valor que si fueren ejecutados por el dueño. Los síndicos ostentan la representación del concurso y tienen facultad para enajenar la finca del deudor, y el Juez, cuando otorga la escritura de venta, es porque el deudor se ha negado á ello.

De la lectura del art. 541 pudiera deducirse que es aplicable sólo al caso de fincas distintas y separadas que se hubieran reunido en un mismo dominio, no al de la división de una, ya que en el artículo háblase de dos fincas. Laurent, Germano y Pacifici-Mazzoni opinan en el sentido de ser aplicable á ambos casos, de cuyo criterio también participamos.

En realidad, cuando el dominio de varias fincas se ha consolidado, no hay para qué hablar jurídicamente de fincas distintas, porque todas constituyen una unidad jurídica. No hay que olvidar nunca que el único momento al cual hay que atender es el del fraccionamiento material del dominio, el de la extinción de la unidad, sea por enajenarse una parte de la propiedad que antes de la confusión constituía ya una finca, sea por enajenarse una porción cualquiera de ella. Aun en el caso de confusión del dominio de varias fincas, es muy probable que el dueño, durante la consolidación del dominio, altere la extensión ó el estado de las fincas agregadas, y no ser, por tanto, las mismas originarias, sino mayor ó menor, al tiempo de la enajenación. La servidumbre arranca de la enajenación de una porción material de la propiedad, constitutiva de una unidad jurídica, bien por ser una sola finca, bien por la agrupación de varias: esto es indiferente. En uno y en otro caso hay igual razón y debe haber idéntico derecho. Lo que exige el espíritu del artículo y exige su letra es la presencia de dos fundos separados y de diverso dueño, y esto se cumple también en el fraccionamiento de un mismo predio, puesto que la fracción disgregada desde el momento de la división, forma un fundo distinto. Repetimos una vez más que el momento de la separación del dominio por la división material de la propiedad, es el capital, el decisivo, y que la ley no requiere ni puede requerir que mientras subsista la confusión del dominio constituyan los predios heredades distintas. Es más: esto es un imposible legal porque precisamente por estar reunido en una persona el dominio de varias fincas existe una unidad jurídica.

Como última razón defensiva de nuestro criterio, y no despreciable, cabe alegar que varias de las sentencias insertadas en este comentario como precedentes doctrinales (sentencias de 14 de Septiembre de 1867, 10 de Enero y 7 de Noviembre de 1883) se refieren al caso de la división de un fundo.

3.° *La desaparición del signo de servidumbre antes del otorgamiento de la escritura de enajenación ó la falta de declaración expresamente negativa de la servidumbre:* He aquí el tercer requisito del artículo que nos ocupa. Si se destruye el signo ó en la escritura se consigna una declaración contraria á la servidumbre, es indudable que ésta no existe.

El signo equivale al título constitutivo de la servidumbre, *ergo* la desaparición de aquél determina la inexistencia de ésta. Se afirma la presencia de la servidumbre porque la conservación del signo en el momento de la separación del dominio debe interpretarse como la voluntad de que continúe el servicio que representa; luego *a contrario sensu* la desaparición del signo antes del otorgamiento de la escritura hay que estimarla como expresiva de la intención de que no exista servidumbre.

Como quiera que la desaparición ha de ser, según se expone con repetición, anterior al otorgamiento de la escritura, infiérese que sólo puede verificarse por el propietario de las fincas, bien por sí, bien de acuerdo con el que haya de adquirir la finca que se trate de enajenar. Él es el propietario del signo, y quien únicamente por sí ó por mandatario, puede disponer de aquél.

Conviene recordar que el artículo emplea el verbo «desaparecer», el cual no implica necesariamente la destrucción del signo. Desaparecer vale tanto como ocultarse, no verse; así, bastará que no sea visible *objetivamente*, ni subjetivamente el signo, según hemos expuesto al hablar de la apariencia. Si se tapian ó cierran unos huecos, si se construye por encima de ellos, ó sobre un acueducto, cañería ó camino, entendemos que el signo desaparece, porque, en efecto, se oculta realmente, no está á la vista, en una palabra, no es aparente.

El momento jurídico que pudiéramos decir, estimativo de la aparición del signo, es el del otorgamiento de la escritura de finca que primeramente se enajene. Así, aun cuando haya habido compromiso de enajenación, y en la fecha de este compromiso existiere el signo, no nacerá la servidumbre si el signo des-

aparece con antelación al otorgamiento de la escritura, traslativa del dominio. El Código usa el concepto escritura, no susceptible de sustitución por otro, por las razones consignadas respecto de ese mismo concepto al estudiar el art. 540.

Se dice también «*de la finca que se enajenare primeramente*» porque el estado de derecho lo determina el estado de hecho existente en el momento de resolverse la consolidación del dominio, lo cual se verifica por la enajenación de una de las fincas, si fueron varias, ó por la división de la única, esto es, por el fraccionamiento del fundo. Desde este momento rige el derecho común, por decirlo así, no el especial del art. 541: son dos ó más predios que se deben ó no una servidumbre. Lo que sucederá es lo siguiente: si el predio ó la fracción que se enajena es aquel que en lo sucesivo ha de ser el dominante, aunque con posterioridad se enajene el sirviente y se haga desaparecer el signo antes ó después del otorgamiento de la escritura, por el que lo trasmite ó el adquirente, este acto será completamente ineficaz, y la servidumbre subsistirá porque no pueden perjudicar á tercero los actos realizados sin su consentimiento en perjuicio suyo. Si, por el contrario, el que se enajenó en primer término fué el predio que gozaba de la condición de sirviente, si después se enajena el dominante, haciendo desaparecer el signo *en cualquier momento*, la desaparición del signo podría estimarse en su caso una renuncia tácita. Prueba de ello que es igual la desaparición del signo verificada por el dueño originario, si se permite la dicción, ó por el derivativo, por el que adquiere la finca.

Estas mismas consideraciones son aplicables al caso de la declaración contraria en la escritura de enajenación de la finca que no sea la separada primeramente del dominio consolidado: hay identidad de razón, y, por consecuencia, identidad de derecho. La manifestación de la no existencia de la servidumbre ha de hacerse en el título de enajenación de cualquiera de las fincas, como dice el artículo, esto es, sea la que haya de convertirse en dominante ó sirviente, único sentido en el que pueden aceptarse tales palabras; pero en la que se enajene primeramente. D[illegible] este momento se crea un estado de derecho que no hay más medio que respetar, sin que pueda ser alterado con posteriori[dad] á no mediar el consentimiento de los interesados.

La declaración ha de ser explícita; no debe dejar dudas [sobre]

de la no existencia de la servidumbre. Es decir, deberá expresarse esto específicamente, no bastando la declaración genérica de que se trasmite la finca sin carga alguna ó sin ninguna clase de servidumbres, tanto porque esta declaración cabría aplicarla á las servidumbres que pudieran existir entre la totalidad de la finca, entre la unidad jurídica determinada por el dominio consolidado y otras fincas ajenas á él, como porque el artículo exige implícitamente una declaración particular respecto del signo existente.

En esta ocasión contamos también con el apoyo del Tribunal Supremo (del que sólo nos apartamos contra nuestra voluntad y cuando lo exige la verdad jurídica), pues en la sentencia de 10 de Julio de 1880, una de las relacionadas, se afirma la existencia de una servidumbre por la doctrina del estado de las cosas al enajenarse una finca reunida á otras, á pesar de que en la escritura de enajenación se expresaba que la finca no tenía gravamen alguno.

Un caso referente á la doctrina del signo aparente fué sometido á nuestro estudio, insertándolo aquí por cuanto puede servir para comprender mejor aquélla y á la vez confirma nuestro criterio.

El caso es el siguiente. Una persona adquirió la propiedad de una casa en una de cuyas paredes existían huecos de distinta clase, de luces hasta determinada altura y desde ésta ventanas. Esa misma persona compró un terreno contiguo en el que edificó una casa con un almacén, apoyando las maderas de éste en la pared de aquélla y construyendo la techumbre del mismo de manera que los tragaluces quedaron debajo y las ventanas sobre ella. Del dueño originario, por decirlo así, las dos casas se trasmitieron también conjuntamente á un heredero suyo, el cual vendió á una persona la casa de los huecos, y después á la misma persona la del almacén, reuniéndose, por tanto, de nuevo el dominio de las dos, que le fueron con posterioridad vendidas judicialmente, primero la de los huecos y al poco tiempo la del almacén.

En vista de estos hechos, se preguntaba: *a*) si el dueño de la casa de los huecos (ventanas y tragaluces) podía invocar en su r la servidumbre de luces tanto sobre la techumbre como lebajo de ella; *b*) si era lícito reputar como aparentes de servibres establecidas por el dueño de ambas fincas los huecos de jo de la techumbre, y, por consecuencia, no podían ser os; *c*) y si era aplicable la doctrina del signo aparente de

servidumbre establecido entre los dos predios; debía tenerse en cuenta la medianería preferente á las luces, ó podía negarse la medianería.

Desde luego cabe afirmar que el caso consultado cae bajo la jurisdicción del art. 541, por cuanto que el hecho jurídico es la ruptura del dominio consolidado de dos fincas por la enajenación de una de ellas, existiendo entre ambas determinados signos de servidumbre y un modo especial de disfrute de una y otra, un estado de hecho determinante de otro estado de derecho, á los que precisamente se refiere el repetido art. 541.

Las razones en pro de tal criterio y la resolución del caso fueron los que se leerán á continuación.

Todo acto supone determinada intención en quien lo ejecuta, intención que marca á su vez el valor de aquél, y la del dueño originario de las dos casas al edificar sobre el suelo apoyando parte de la nueva edificación en la pared divisoria de otra casa de su propiedad, no pudo ser otra sino la de aprovecharse, servirse de dicha pared en beneficio de la nueva construcción en la manera y extensión en que la utilizó, esto es, hasta el punto común de su elevación. Siendo dueño de la pared contigua á la edificación, sin duda pensó que podía utilizar aquélla evitando el levantamiento de una nueva. Quiso, pues, que la pared de la casa de las ventanas sirviese para la del almacén.

Tal intención, revelada por los actos del dueño de las dos casas, implica, en nuestro entender, la existencia de una servidumbre de medianería hasta el punto común de elevación de los edificios contiguos, precisamente por la doctrina del signo aparente, envoltura de la del estado de hecho, creado ó conservado durante la consolidación del dominio. Como queda dicho, el propietario de la casa, de las ventanas y del solar contiguo construyó sobre éste una casa y un almacén, demostrando con sus actos la intención de que la pared de aquélla sirviese de apoyo al almacén. Al separarse del dominio de ambas, el dueño de este último tiene derecho á seguir disfrutando del mismo modo que antes, es decir, con la servidumbre de medianería, puesto que el signo aparente de ella no ha desaparecido. El almacén descansa en la pared contigua, luego, á tenor del núm. 1.° del art. 572, existe medianería hasta el punto común de su elevación.

¿Hay signo exterior en contrario? Conviene recordar que

el caso consultado existen huecos abiertos, tragaluces, debajo de la techumbre, signo exterior conforme al núm. 1.° del art. 573. Entendemos que estos signos no sirven, no tienen valor alguno. Son signos muertos, si se permite la expresión; signos que, aunque abiertos, han muerto jurídicamente desde el momento en que se construyó el almacén con la techumbre. El fin de la servidumbre de luces es recibir luz y aire; cuando no se pueden recibir, no hay para qué hablar de dicha servidumbre. La luz y el aire vienen del espacio libre, abierto: es imposible hablar de servidumbre de luces con relación á un espacio cerrado, cubierto.

La construcción de un techo por cima de los tragaluces equivale á la desaparición de éstos, porque se extingue su fin, porque no prestan ya la utilidad inherente á ellos. Si los huecos abiertos en los edificios tienen por objeto proporcionar luz y aire, desaparecen jurídicamente, lo mismo cuando se les cierra ó tapia, que cuando se construye por cima de ellos; en un caso y en otro no responden á su objeto propio.

La pared divisoria pertenece á una de las fincas, signo contrario á la medianería, según el núm. 3.° del art. 573, pero esta presunción cede ante los actos del propietario de la pared, expresión de su voluntad ó intención de constituir la llamada servidumbre de medianería, conforme hemos expuesto al principio. Además, no hay que olvidar que la casa del almacén se construyó durante la consolidación del dominio, cuando el suelo era común, y de aquí pudiera entenderse que la pared divisoria es propiamente medianera, es decir, común de los dueños colindantes. La pared *fué* sólo de la casa, de los huecos, singular, mas desde que se construyó la contigua, apoyándose en ella y siendo el suelo de las dos, propiedad de una misma persona, no sería atrevido sostener que en la actualidad, después de la separación del dominio, *es* común de los medianeros, porque, como diremos en su lugar, lo que el Código llama servidumbre de medianería es una comunidad de bienes especial.

En oposición á las dos presunciones, contrarias al art. 573, favorece nuestro criterio la del núm. 4.° del mismo artículo, conforme á la cual, se entiende que hay signo contrario á la medianería cuando la pared sufre las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las dos casas y no de las dos. En el caso de

estudio, la pared sufre tal carga de las dos, luego hay que presumir la medianería.

Esto en lo concerniente á la medianería, que alcanza hasta el punto de la pared de la casa de los huecos en que se apoyó la del almacén, ó sea hasta el punto común de elevación de ambos edificios, y á los huecos existentes debajo de la techumbre. Desde dicho punto hasta su conclusión, la pared es singular, propia, exclusiva del dueño de la casa á que corresponde, y como en ella (la paréd) existían huecos-ventanas, al separarse el dominio, no cabe duda que determinaron una servidumbre de vistas, tanto por el principio del signo aparente, como por la doctrina de que éste es reflejo; ó sea el modo de disfrute de las fincas, el estado de éstas, al enajenarse una de ellas, ya judicial, ya extrajudicialmente, como expusimos en el comentario del artículo. Media un estado de hecho que hay que respetar con todas sus consecuencias jurídicas, ó sea la existencia de una servidumbre de vistas.

En virtud de las consideraciones expuestas, formulamos, con relación al caso sometido á nuestro estudio, las siguientes conclusiones:

1.ª El hecho realizado por el propietario de la casa con ventanas y huecos y del solar contiguo, de construir sobre éste una casa y almacén cuando el dominio de ambos estaba reunido en una misma persona, y el suelo era, por tanto, común, apoyando las maderas en la pared de la primera, es demostrativo de la existencia de la llamada servidumbre de medianería, ó sea de la comunidad de la pared divisoria hasta el punto común de la elevación.

a) Por la intención del propietario reflejada en sus actos, que no pudo ser otra sino la de que la pared divisoria sirviese á los dos edificios.

b) Por la doctrina del signo aparente con relación á la medianería, en cuanto no existen huecos, puesto que los existentes debajo de la techumbre no tienen valor jurídico alguno, y la pared sufre las cargas de carreras y armaduras de las dos fincas.

2.ª Los huecos-tragaluces existentes en la pared de una de las fincas debajo de la techumbre de la otra, no determinan una servidumbre de luz, porque el hecho de haber edificado sobre el [illegible] al impedir la entrada de la luz y del aire, equivale jurídica y [illegible] físicamente al cierre de aquéllos: los huecos sólo sirven en [illegible] caso para inspeccionar el fundo ajeno, no para recibir aire y

y están en abierta oposición con el objeto propio de ellos. Aunque no se hayan cerrado al separarse el dominio, no es lícito aplicarles la doctrina del art. 541, porque no existen de derecho.

3.ª Los huecos-ventanas existentes sobre la techumbre determinan, por el contrario, la servidumbre de vistas, porque al enajenarse una finca, en pared singular, existían huecos sobre el fundo ajeno, que no se han hecho desaparecer, ni se ha declarado nada en contrario en la escritura de enajenación.

***

Dentro de la sección referente á los modos de adquirir, figura en último lugar el art. 542. Conforme á él, la adquisición de una servidumbre lleva implícita la de todos los derechos necesarios para su ejercicio. El precepto es racional: de nada serviría un derecho á la persona á quien se le concediere si se le negasen los medios, las facultades necesarias para su ejercicio. Valdría tanto esto como no otorgar el derecho, pues éste sería ilusorio, nominal.

Aunque el artículo dice «al establecerse una servidumbre», de cuyas palabras pudiera inferirse que se refiere á las servidumbres voluntarias, á las derivadas de la convención, es indudable que el precepto es extensivo á todas, cualquiera que sea su origen. La adquisición de una servidumbre por cualquier título lleva inherente la de los derechos necesarios para su ejercicio; esto es lo que quiere decir el artículo. Basta que exista una servidumbre á favor de una persona para que ésta goce de *todos* los derechos que requiere la vida de aquélla.

En este particular puramente cuantitativo no puede ser más explícito el artículo; se entienden concedidos *todos* los derechos necesarios para su uso, ó para su ejercicio, como hablaríamos nosotros, porque consistiendo la servidumbre positiva, á la que debe referirse principalmente el precepto, en un uso, emplear esta palabra equivale á decir el uso de un uso.

[illegible] es posible *a priori* determinar los derechos que se conce[illegible] poseedor de una servidumbre; serán los propios de la na[illegible]eza de cada una de ellas. Con carácter general y común á [illegible]bien puede señalarse el art. 543 de la sección siguiente,

conforme al cual, el dueño del predio dominante puede hacer á su costa en el sirviente las obras necesarias para la conservación de la forma de la servidumbre y para su ejercicio. Del derecho referente á la ejecución de las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre es pertinente ocuparse en el citado artículo, puesto que es un precepto especial; en el 542 corresponde hablar sólo de aquellos derechos no concernientes á las obras. Examinaremos las servidumbres mencionadas en el Código, que son las más frecuentes.

La del predio superior sobre el inferior da derecho á mantener el curso natural de las aguas y á impedir que el del sirviente lo estorbe ó dificulte.

La de camino de sirga lleva consigo el derecho de impedir que se hagan en él plantaciones, siembras, cercas, zanjas y toda obra que estorbe su uso (art. 118 de la ley de Aguas), y cortar las ramas de los árboles que dificulten el camino, ó la navegación ó flotación (art. 119 ídem).

La de estribo de presa no parece que lleve aparejado más derecho que el de las obras necesarias y el paso para ellas.

Respecto de las servidumbres legales de saca de agua y abrevadero, el art. 566 del Código y el 109 de la ley de Aguas dicen que llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de aprovecharse del agua. Aun sin esta declaración expresa, sin este precepto especial, existiría tal derecho por virtud del artículo que estudiamos, puesto que para beber las personas y los ganados es menester que lleguen al punto donde esté la fuente, la cisterna, el pozo ó el abrevadero. Es más: la servidumbre consiste para nosotros, precisamente en el paso de las personas ó de los animales, porque éste es el uso de la cosa ajena, no el aprovechamiento del agua, que es la apropiación de una materia ó substancia líquida. Con relación al agua, más que cuestión de servidumbre, es cuestión de propiedad.

A la servidumbre de acueducto es inherente—declara el art. 92 de la ley de Aguas—el derecho de paso por sus márgenes para su exclusivo servicio, derecho que conceptuamos extensivo á la servidumbre voluntaria. La razón del derecho es su necesidad y ésta existe en la servidumbre, sin distinción de su origen. Se refiere al ejercicio, y éste es igual en las legales que en las volu-

tarias. En sentencia de 9 de Junio de 1865, con referencia á una cuestión de propiedad de los cauces de conducción de agua para un motor, se estableció que si bien aquéllos no son de la pertenencia de los dueños de los artefactos, mientras no se pruebe legalmente, les corresponde «la servidumbre de acueducto con todas sus consecuencias, ó sea el derecho de impedir que los poseedores ribereños les disminuyan el caudal de agua necesario para el ejercicio de aquéllos». En realidad, esta facultad no afecta á la servidumbre de acueducto que consiste en el derecho de pasar el agua, sino á la propiedad ó sustracción de ella; pero no perjudica su conocimiento.

El mismo derecho de paso deberá estimarse concedido en la servidumbre de parada ó partidor.

En la servidumbre de paso, el que goce de ella gozará también de los derechos necesarios para su uso, como mantener en buen estado el camino, derecho comprendido en realidad dentro del artículo 543, é igual acontece respecto de las de vistas y la de desagüe.

Para terminar: á toda servidumbre van adherentes, como accesorios cuantos derechos sean necesarios para su ejercicio. La adquisición de una servidumbre determina *ipso facto* el nacimiento de todos los derechos adecuados á su vida.

SECCIÓN TERCERA

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.

Concierne esta sección á los derechos y obligaciones de los propietarios de los fundos dominante y sirviente, al ejercicio de la servidumbre, á la vida de ésta, así como la anterior (modos de adquirir la servidumbre) corresponde á su *nacimiento,* y la siguiente (extinción de las servidumbres) á su *muerte:* el lugar de su inserción está, pues, perfectamente buscado, por acomodarse al desenvolvimiento de la institución jurídica denominada servidumbre.

Son inherentes á toda servidumbre los derechos necesarios para su uso: á este principio genérico del artículo 542 corresponde el específico del 543, derivación de aquél.

El precepto, si no en los mismos términos, fué ya conocido en el Derecho romano. Con referencia á la servidumbre de paso *(iter)* dice *la ley 10 del tít. I del libro VIII, Dig.*, que si no se puede ir por la vía sin ejecutar alguna obra, puede hacerse aquélla cavando ó terraplenando. *Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substraendo iter facere, Proculus ait.*

Más expreso y general es el precepto del *Dig.*, *libro VIII, tít. VI, ley 11* y párrafo primero de la misma. *Refectionis gratia accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tributas est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit neccese, nisi in cesione servitutis nominatim praefinitum sit, qua accederetur: et ideo nec secundum rivum nec supra eum (si forte sub terra aqua ducatur) locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est. Sed et depresurum vel ad levaturum rivum, per quem aquam iure duci potestatem habes nisi si ne id faceres cautum sit.*

Si propetuum fundum ins est mihi aquam rivo ducere tacita haec iura sequuntur, ut reficere mihi rivum liceat, ut adire, qua proxime possim, ad reficiendum eun ego fabrique mei, item ut spatium relinquat mihi dominis fundi, qua dextra et sinistra ad rivum adeam ed quo terram limun lapidem harenam calcem iacere possim. En este texto se otorga al que goce de una servidumbre el derecho de usar (acercarse) de los lugares que no deben la servidumbre, para ejecutar obras, y espe[illegible]

camente con relación al derecho de conducir agua por un arroyo, concede la facultad de hacer obra en éste.

La justicia del precepto es evidentísima, tanto, que aun sin el artículo es seguro que regiría la doctrina en él contenida. Sería inútil conceder á una persona una servidumbre si no gozase de la facultad de ejecutar las obras necesarias para el ejercicio y conservación de aquélla. Por esto entendemos que dicha facultad va implícita en la servidumbre, puesto que ésta no puede existir sin ella, y por eso manifestamos que se aplicaría en la vida del derecho, aun sin declaración legal alguna.

Si la servidumbre es un gravamen para el dueño del predio sirviente en el sentido de que éste ve restringidas sus facultades como tal, en cuanto debe consentir el ejercicio de un uso de la substancia de la cosa ó abstenerse de un uso, no sería equitativo ni justo aumentar el gravamen con las obras. Por eso, el derecho de ejecutar las que la ley otorga, por ser necesario, al dueño del predio dominante, es con la obligación, con la limitación mejor dicho, de que no ha de alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa. Ha de sujetarse el dueño del dominante, no ha de salirse del marco determinado por el acto originario de la servidumbre, y firme el legislador en esta idea de no perjudicar al dueño del predio sirviente, de aliviarle en lo posible de la carga de la servidumbre, exige á aquél que elija el tiempo y la forma menos incómodos para el segundo.

Quien percibe los beneficios de una cosa debe sotar las cargas. Con arreglo á este principio de equidispone el art. 544 que en el caso de ser varios -eños de los predios dominantes, los gastos de las

obras á que se refiere el art. 543 se satisfarán proporcionalmente al beneficio que á cada dueño reporten las obras, precepto extensivo, con lógica, al dueño del predio sirviente, en el caso de aprovecharse en algún modo de la servidumbre. Sólo puede eximirse el dueño de un predio dominante de la obligación de contribuir á los gastos, renunciando á la servidumbre, porque la renuncia implica la cesión absoluta del derecho, de la efectividad de lucrarse del derecho renunciado, y, por tanto, la imposibilidad de infringir el principio antes sentado, ó sea, de participar de las utilidades sin responder de las pérdidas.

Si el dueño del predio dominante no debe agravar la condición del sirviente, éste á su vez debe respetar la servidumbre constituída; en modo alguno puede menoscabarla, disminuirla. Decláralo así el párrafo primero del art. 545, porque no es lícito perturbar ni modificar el derecho de una persona. Ya las Partidas (3.ª, tít. XXXI, ley 5.ª) habían establecido que aquel que goza de una servidumbre en casa ó en otro edificio, y fuere perjudicado por obras que estorben las servidumbres, que impidan su ejercicio, podrá oponerse á éstas.

El precepto de la no variabilidad ó modificación de la servidumbre no puede sin embargo, ser absoluto. Si debe atenderse siempre á no agravar la condición del predio sirviente, si por dicha causa, en igualdad de circunstancias, hay que favorecer al dueño de éste, está explicada la pertinencia del párrafo segundo del artículo 545 facultando á tal dueño para variar la servidumbre, á su costa, designando un lugar y forma cómodos y sin perjudicar á los que gocen de la servi

dumbre, cuando ésta, por el lugar asignado para su ejercicio ó por la forma en que se ejerciere, llegare á ser muy incómoda para el propietario del predio sirviente.

ART. 543. El dueño del predio dominante podrá hacer, á su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa.

Deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes, á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente.

Concordancias.—Análogo al art. 543 del proyecto de Código de 1851 é igual al 545 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. – *Ninguno.*

ART. 544. Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados á contribuir á los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario.

Concordancias.—Igual al art. 546 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 545. El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída.

Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, ó de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, ó le prívase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá variarse á su costa, siempre que ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

Concordancias.—Análogo al art. 544 del proyecto de Código de 1851 é igual al 547 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXII, ley 5.ª*—Embarganse a las vegadas las seruidumbres, por las lauores nueuas que los omes fazen a las vezes en aquellos lugares do las han. E por ende dezimos, que si aquel a quien deuian la seruidumbre en casa, o en otro edificio, se sintiere agrauiado de la lauor que fagan nueuamente, que le sea a destorno della, que la puede vedar en alguna de las maneras que de suso diximos: mas si la seruidumbre fuesse atal, que la deuiesse vna heredad a otra, assi como senda, o carrera, o via o aguaducho; estonce aquel a quien deuian esta seruidumbre, non podria vedar la lauor nueua que fiziessen contra ella en la manera que de suso diximos. Pero bien se podria quexar al judgador, de aquellos que la mandassen fazer. E si el fallare, que la fazen a tuerto, deuela mandar desfazer, e entregar al otro de los daños e menoscabos que ouiesse recebido por esta razon.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 543, 544 Y 545.—Al prin[illegible] consignado en el art. 542 responde la doctrina del art. 543. I[illegible] consecuencia lógica, porque si el que tiene á su favor una se[illegible] dumbre ha de disfrutar de todos los derechos necesarios par[illegible] ejercicio, uno de estos derechos es el de construir las obras [illegible]

sarias para gozar de la servidumbre. La ley—dice Laurent—no ha hecho otra cosa sino consagrar la máxima de derecho natural, que el que quiere el fin quiere los medios. Sería absurdo—añade—rehusar al que tiene derecho de servidumbre los medios necesarios de ejercerla. Conforme, pues, á esta doctrina, el dueño ó dueños del predio dominante, la persona en cuyo favor esté constituída la servidumbre, pueden hacer todas las obras necesarias para el uso y conservación de ella.

¿Es esto exacto? El *dueño* del predio dominante ¿es el único que puede hacer las obras en el sirviente? Así se desprende del artículo, que habla sólo de él; pero creemos que el precepto ha de ampliarse á otras personas, autorizando á manifestar esta opinión el mismo Código, que en su art. 545, al hablar de las obras que puede hacer el dueño del predio sirviente, exige, entre otros requisitos, que no perjudiquen al dueño del predio dominante *ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.* El Código indica que puede haber personas distintas del dueño con derecho á ejercer la servidumbre. Veamos cuáles son éstas.

Citamos en primer término al poseedor. Éste es un propietario provisional y condicional, ó dependiente de la presentación del verdadero dueño. En tanto se desconoce á éste, quien goza de los atributos y derechos de dueño es el poseedor. Se le presume dueño mientras no se presente el propietario que reivindique el dominio. La posesión es, en cierto modo, la propiedad en movimiento, su vida externa, y el poseedor tiene los derechos que puede ejercer el propietario. Por tanto, si un predio dominante está poseído por una persona en concepto de tenedor, no en el de dueño, el poseedor gozará de todos los derechos de que disfrutaría el propietario en tanto no se conozca éste, y consiguientemente, del consignado en el art. 543. Menciona dicho artículo como antecedente sólo al dueño, porque la servidumbre presupone una relación jurídica de propiedad, pero creemos cabe extender el precepto legal á la de posesión, que es propiedad imperfecta, supletoria, y si no se admite esto, una esperanza de propiedad.

más, al hablar la ley de *dueño,* supone que existe; luego ido es desconocido, la facultad concedida á él por el artículo le recaer en quien ocupa su lugar, en el que ostenta una con-ón jurídica supletoria ó análoga á la suya.

¿Quién sino el poseedor ha de gozar de la servidumbre y dis-

frutar de las facultades y obligaciones derivadas de dicho derecho?

Preséntase la duda con mayor fuerza en el caso del usufructo. En el de la posesión civil existe sólo la persona del poseedor, de modo que por necesidad es preciso considerarla como la facultada para ejercer el derecho del artículo comentado en defecto de otro con preferente derecho para ello; pero en el del usufructo hay dos: el propietario y el usufructuario. ¿A cuál de ellos corresponde la mencionada facultad? La cuestión es importante, no desde este punto de vista, sino de el de la obligación de satisfacer el coste de las obras (punto que examinaremos después), y de quien puede ejecutar la acción contra el dueño del predio sirviente (ó la persona contra la que deba litigar), cuando éste se niegue á la ejecución de las obras.

Nosotros opinamos que el usufructuario puede hacer determinadas obras (facultad ó derecho con relación al dueño del predio sirviente), y á la vez está obligado á ejecutarlas (obligación respecto del propietario) por las consideraciones que expondremos.

El usufructuario, según el art. 479 del Código, tiene derecho á disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, *de las servidumbres que* (la cosa) *tenga á su favor*, y en general, de todos los beneficios inherentes á la misma. El art. 500 dispone que el usufructuario está obligado á hacer las reparaciones ordinarias—ó sea las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación—que necesiten las cosas dadas en usufructo, no así las extraordinarias, que el 501 declara de cuenta del propietario.

Del estudio combinado de los preceptos legales expuestos, dedúcese, en nuestro sentir, la resolución del caso presentado. El artículo 479 habla en singular de cosa dada en usufructo, mientras que el 500 lo hace en plural, ó sea de las cosas, luego parece referirse á todo lo que, según aquel artículo, va inherente al usufructo (accesión, servidumbre y beneficio de la cosa). Aparte de esta razón, si el usufructuario tiene el derecho de disfrutar del aumento que tenga la cosa por accesión, de las servidumbre y demás beneficios; en una palabra, si esto se entiende concedi á la vez y de consuno con el usufructo de la cosa, como un acc sorio de ella, es claro que ha de regirse por lo dispuesto respec

de la cosa en virtud del principio jurídico de que lo accesorio se gobierna por lo principal. En este sentido, aun entendiendo que al hablar el art. 501 de las cosas dadas en usufructo, concierne especialmente á la cosa para sus accesorios, hay que ampliar el precepto de aquél á lo que es dependiente, parte integrante de ella, puesto que las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

A más, el usufructuario tiene interés en la conservación de la servidumbre. Él es quien la goza durante el usufructo y quien debe hacer las obras necesarias para el mantenimiento del uso, por el principio de que quien percibe las utilidades de una cosa, debe sufrir también los gravámenes ó cargas inherentes á ella.

En cuanto á los casos del uso y del derecho de habitación, sabido es que el art. 528 declara aplicables á estas materias las disposiciones establecidas para el usufructo en cuanto no se oponga á lo ordenado en el capítulo referente al uso y á la habitación. Por la analogía legal establecida por el Código, las consideraciones expuestas respecto del usufructuario, serán pertinentes con relación al usuario y al que disfrute del derecho de habitación. Referentemente al usuario, hay, sin embargo, que traer á colación el art. 527, el cual sólo le declara obligado á los reparos ordinarios de conservación en el caso de que consuma todos los frutos.

Aun tratándose de la relación de propiedad, preséntase también alguna duda en el caso de que sean varios los dueños del predio dominante. Así, en la enfiteusis, ¿cuál de los dos dueños, el del directo ó el del útil, podrá ejecutar las obras, ó uno y otro? Creemos lo último, porque ambos son dueños, y el artículo y la sección nombra precisamente al dueño. Además, si el usufructuario tiene, según hemos visto, la facultad de hacer obras, con mayor motivo ha de gozar de ella el dueño, cualquiera que sea la índole del dominio. Afirma en este criterio el art. 596 al decir que cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil, no podrá establecerse servidumbre voluntaria, perpetua, sin el consentimiento de ambos dueños.

Así vemos proclama el Código la igualdad de derechos en ...r del dueño directo y del útil, y si esto establece respecto de ...nstitución de la servidumbre, parece lógico, á falta de regla ...esa como en el usufructo, extender aquel principio á la vida

de la servidumbre, y por tanto, á las obras necesarias para su uso y conservación. El enfiteuta que puede enajenar la finca, ha de poder, con mayor motivo, hacer las obras necesarias para la conservación de una servidumbre inherente al predio.

Viene á destruir la eficacia del precepto del art. 596 la disposición del 1.634, declarativa de que cuando la pensión consista en una parte alícuota de los frutos de la finca enfitéutica, *no podrá imponerse servidumbre* ni otra carga, *sin el consentimiento expreso del dueño directo*. Parece desprenderse de este artículo que el enfiteuta puede imponer servidumbre sobre la finca enfitéutica, cuando la pensión *no* consista en el pago de una parte alícuota de los frutos de aquélla, precepto que discrepa de el del 596, afirmativo en absoluto de la necesidad de las voluntades de los dos dueños; pero este precepto se refiere á la constitución de las servidumbres (acto de dominio), no á la ejecución de las obras para el goce de la servidumbre (acto de administración).

Nuestra opinión es la siguiente: dueños del predio el llamado señor directo y el enfiteuta, ambos han de gozar de la facultad de hacer las obras. Ahora bien: la igualdad del derecho parécenos que debe existir entre los dueños, como en el caso del usufructuario entre éste y el propietario: en aquél porque ambos son propietarios, y en éste por las razones expuestas en su lugar; pero la igualdad no es absoluta en cuanto al ejercicio del derecho. El que esté disfrutando de la cosa, y por tanto de la servidumbre inherente á ella, es quien tiene en primer término facultad de realizar las obras con la obligación correlativa de pagarlas, en tanto no exista precepto expreso en contrario (como en el usufructo, en que el Código distingue las reparaciones ordinarias, propias del usufructuario, de las extraordinarias correspondientes al propietario), y en defecto de él, esto es, si no puede ó no quiere hacerlas, el que tenga el derecho inerte, en suspenso, por decirlo así (nudo propietario ó señor directo).

Por último, si la cosa en cuyo favor esté constituída la servidumbre, es *pro indiviso* de dos ó más personas, y existe, por tanto, una comunidad singular de bienes, creemos aplicable la regla establecida en el 398 para el mejor disfrute de la cosa mún, ó sea el acuerdo de la mayoría de los propietarios. Est el principio fundamental de la comunidad aplicable á la cosa la servidumbre, tanto porque ésta es parte integrante de aq

y por dicho principio se rige, como porque la servidumbre constituye en el caso expuesto una comunidad de derecho real que ha de regularse por la ley general sobre la materia.

Queda estudiado quiénes pueden ejercer el derecho; examinemos el modo de su ejercicio. Éste no es absoluto; se halla condicionado por tres requisitos, á saber:

1.° *Necesidad de las obras.*

2.° *Statu quo de las servidumbres.*

3.° *Tiempo y forma convenientes para causar la menor incomodidad posible en la realización de las obras al dueño del predio sirviente.*

Examinemos cada uno de estos requisitos.

Es el mencionado en primer término el de la necesidad de las obras. «Obras necesarias» dice el artículo; de donde se deduce que no comprende las de mera utilidad ó mejora. Éstas podrán ejecutarse por virtud de convenio de las partes; pero no por imperioso precepto de la ley.

¿Cuáles obras han de considerarse necesarias? La necesidad es un concepto relativo, no absoluto. Lo que una persona considera necesario, otra lo estimará superfluo. En el caso del artículo, la necesidad creemos que puede definirse de dos modos: negativa y afirmativamente. Así, en el primer sentido, entenderemos por obras necesarias las que no sean de mejora, y en el segundo las que exijan los deterioros ó desperfectos que procedan del goce natural de la servidumbre, y sean indispensables para su ejercicio y conservación (reparaciones ordinarias) y las extraordinarias siempre que se refieran á la vida y conservación de la servidumbre. Han de ser también acomodadas á la naturaleza de la servidumbre. Así—dice Pacifici-Mazzoni—si se trata de la servidumbre de acueducto, las obras necesarias para usarla consistirán en construir ó reparar el canal ó el conducto; si de la de paso, asentar y apisonar el suelo.

La servidumbre es una carga sobre un inmueble, es una restricción de la libertad del dueño de éste. De aquí que la ley vele [illegible]s intereses del propietario del predio sirviente, evitando [illegible]o se aumente el gravamen que sufre. Justo es que quien [illegible] de un derecho disfrute asimismo de las facultades conve[illegible]es para su ejercicio; pero lo es también que no sea en detri[illegible] perjuicio del otro sujeto de la relación jurídica. Por esta

razón, si el dueño del predio dominante puede hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, debe de ser sin perjuicio del dueño del sirviente, sin hacer más gravosa la servidumbre.

Es de esencia en la servidumbre el modo de prestarla. Por esto, el artículo prohibe también alterar la servidumbre, porque implicaría la constitución de una nueva.

En puridad, ambas circunstancias (no alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa) se reducen á una: respetar el *statu quo*, mantener el estado de hecho, determinado por la servidumbre, pues el hacerla más ó menos grave supone una alteración.

El último requisito exigido por el artículo es la elección de tiempo y forma convenientes para ejecutar las obras á fin de ocasionar la menor incomodidad al dueño del predio sirviente. Obedece la disposición al precepto antes consignado de no perjudicar el dueño del predio dominante al del sirviente al ejercitar sus derechos. Imposible determinar reglas precisas sobre este punto respecto de cada servidumbre; pero cabe señalar una consideración general: no será tiempo ni forma convenientes para la realización de las obras con relación al dueño del predio sirviente, cuando éste sufra perjuicio por virtud de las mismas. Así, concerniente á las servidumbres llamadas antes rústicas, no será tiempo oportuno aquel en el que pueda causarse daño al predio, por estar en época de siembra, recolección, etc.

El artículo habla de elegir tiempo (y forma) para ejecutar las obras. No puede ser, por tanto, aplicable cuando sea imposible la elección, bien por la premura de la obra, bien por demostrar el dueño del predio dominante que en ningún tiempo puede sufrir perjuicio el del sirviente, ó que en cualquier momento ha de experimentar el mismo.

La elección corresponde al dueño del predio dominante. Así lo expresa claramente el párrafo 2.º del art. 543; pero compréndese que ha de designarse de común acuerdo de los dueños la forma y tiempo de hacer las obras, por cuanto que si el del sirviente estima que no le convienen las señaladas por el del dominante éstas no podrán realizarse sino mediante la oportuna resolución judicial decisiva de la contienda que surgirá entre ellos.

***

El art. 544 comprende tres particulares: personas obligadas á sufragar los gastos ocasionados por las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; proporción en que deben contribuir los obligados al pago; modo de eximirse de la obligación de pagar. Estudiemos cada uno de estos puntos.

¿Quiénes deben satisfacer el coste de las obras? La respuesta es sencilla: la persona ó personas en cuyo provecho se hagan: aquella ó aquellas que hayan de disfrutarlas. Así, en efecto, lo establece el art. 544 en relación con el 543. Éste autoriza al dueño del predio dominante para hacer las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; luego él es quien debe pagarlas, porque en su pro se ejecutan.

Hemos visto antes que no sólo el propietario es la persona con facultad de realizar las obras, sino el usufructuario, y también que puede presentarse el caso de que sean dos ó más los dueños. ¿Quién ó quiénes deberán satisfacer el coste de las obras en estos casos? En el del usufructo entendemos que rige, según queda expuesto, la doctrina de los artículos 500, 501 y 502. Las reparaciones ordinarias serán de cuenta del usufructuario y las extraordinarias del propietario. Si el primero no hiciere las de su obligación, podrá realizarlas el segundo á costa del usufructuario. Éste á su vez podrá ejecutar las obras extraordinarias y abonar su coste con derecho á exigir del propietario al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

En la enfiteusis, el enfiteuta que goza y disfruta de la finca y que está obligado á conservarla, es quien deberá pagar el coste de las obras, tanto más cuanto que él es quien en primer término tiene facultad para realizarlas. Sin embargo, si el señor directo hiciese las obras por sí, claro es que sería éste el obligado al pago.

Cuando sean varios los dueños del predio dominante, entonces el pago de las obras se acomodará á la regla del art. 393, es decir, cada comunero contribuirá en proporción á su cuota, presu éndose igual mientras no conste lo contrario, la porción ó cu correspondiente á los partícipes en la comunidad.

El Código prevé el caso de que una servidumbre sirva ó ap reche á dos ó más fincas, esto es, que sean varios los predi dominantes, y para este efecto dispone que los dueños de

todos han de contribuir á los gastos de la obra en proporción al beneficio que á cada cual reporte ésta. La regla es justa y sencilla á primera vista; pero ofrece alguna dificultad en su aplicación. ¿Cómo determinar el beneficio de que habla el artículo? ¿Cómo reducir á cantidad cierta un concepto inmaterial, cual es la utilidad producida por un derecho real, cosa abstracta, no tangible? Si las obras ejecutadas por los dueños de varios predios dominantes importan, por ejemplo, 1.000 pesetas, ¿en virtud de qué principio se ha de fijar el beneficio que las obras reportan á cada uno, para el efecto de pagar la parte proporcional?

Entendemos que no hay posibilidad de apreciar la utilidad que proporcionan las obras. La regla aplicable es, en nuestro sentir, la del art. 393, referente á la comunidad de bienes, ó sea la de que el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, ha de ser proporcional á sus respectivas cuotas, presumiéndose éstas iguales mientras no se pruebe lo contrario. Por consiguiente, cuando exista constituida á favor de varios una servidumbre, habrá una comunidad de derecho y será pertinente aplicar el principio establecido en el artículo citado. Cada comunero, esto es, cada dueño del predio dominante, debe pagar proporcionalmente á su cuota en la comunidad, ó sea al valor de su finca, porque se presume que se beneficia de la servidumbre en la fracción ó parte que representa dicho valor. Además, si el principio de que el pago ha de ser proporcional al beneficio determinado por la obra, ha de entenderse en el sentido de que ha de ser proporcional al valor de la finca, principio lógico y racional como queda sentado, se infringiría éste de dividirse el coste por el número de propietarios.

Si las obras habían importado 1.000 pesetas, por ejemplo, y los predios dominantes, ó éstos y el sirviente en el caso del párrafo segundo del artículo de que nos ocupamos, eran cuatro, representativos dos de un valor de 50.000 pesetas cada uno, otro de 40.000 y el restante de 10.000, resultaría que los dos primeros pagarían más que el segundo, y el tercero á su vez menos que éste, ó sea en proporción á su valor. El coste de las obras se dividirá en cuatro fracciones proporcionales al valor de la finca, en tanto que de considerar que debía repartirse entre el número de propietarios, si la finca de menos valor, v. gr., la de 10.000 pesetas, pertenecía á dos, tres ó más propietarios, se daría el caso

absurdo de que, representando la cuota menor en la comunidad del derecho real de servidumbre, sería, sin embargo, la que pagase mayor cantidad. Los beneficios y las cargas—dice el artículo 393—han de ser proporcionales á las cuotas de los comuneros, y la cuota en la comunidad de servidumbres se halla representada por el valor de la finca. Con arreglo, pues, á este principio, la participación en el pago de las servidumbres ha de ser proporcional al valor de las fincas, cualquiera que sea el número de propietarios de ellas.

Quien ejecuta las obras en su provecho debe pagarlas. Esta es la regla capital en este punto. De aquí el párrafo segundo del art. 544, preceptivo de que si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario. El precepto es terminante: basta que el dueño del predio dominante se aproveche en *algún modo* de la servidumbre para hallarse obligado al pago proporcional del coste de las obras, es decir, que será uno más á pagar si fueren varios los predios dominantes, ó las satisfarán entre él y el dueño del dominante si éste fuese uno solo.

Respecto del predio sirviente; pueden presentarse los mismos casos prevenidos en relación al dominante: estar dado en enfiteusis ó en usufructo y ser varios los dueños de él. Serán aplicables las consideraciones expuestas.

Puede asimismo ocurrir, en igual caso de existir varios predios dominantes, que uno de éstos sea de dos ó más personas, y cabe preguntar en qué proporción han de contribuir á la satisfacción del coste de las obras.

Induce á plantear la cuestión el texto literal del art. 544, que menciona á las personas, es decir, á los dueños de los predios, no á estos últimos, pareciendo así que el coste se ha de repartir por cabezas, no por cosas. No acogemos esta interpretación. El Código habla en los términos relacionados por no haber previsto el caso expuesto, no porque haya querido asentar la consecuencia e de su texto se deduce. La servidumbre hace relación á la nca, á la cosa, no á la persona; y en el supuesto de la concuencia de varios predios dominantes, hay que tener en cuenta número de éstos, no el de propietarios.

El principio regulador del pago de las obras ha de ser, por

consiguiente, éste: tantas partes como predios dominantes, en proporción al valor de éstos; no tantas como dueños.

El propietario único de un fundo utiliza por sí solo la servidumbre; los comuneros se aprovechan también por entero de ella, pero todos igualmente del mismo derecho, luego deben satisfacer entre todos su parte correspondiente.

Dos modos de eximirse de la obligación de pagar el importe de las obras establece el art. 544, á saber: renuncia de la servidumbre; convención expresa en contrario. La renuncia de la servidumbre es, según el núm. 5.° del art. 546, un modo de extinción, y claro es que si produce este efecto ha de llevar también consigo la de eximirse de la obligación derivada de la servidumbre. Si un derecho se extingue, mueren, por regla general, las obligaciones correlativas á él.

Pueden hacer las obras todos los que tengan derecho al uso de la servidumbre; ¿pueden todos renunciar á ella para librarse del pago de las obras? Entendemos que no, por dos razones: primera, la servidumbre es un derecho real, y su renuncia implica un acto de dominio que sólo puede realizarse por quien tenga concepto de dueño, por quien goce del dominio absoluto y pleno de la cosa ó del derecho; segunda, la renuncia de la servidumbre recaerá en perjuicio de tercero, y, por tanto, será una renuncia no permitida por el párrafo segundo del art. 4.° del Código.

Si el usufructuario ó el usuario renunciase la servidumbre, y la renuncia fuere válida, es claro que perjudicaría al dueño (tercero con relación á dicha renuncia por no intervenir en ella), puesto que le privaba de lo que era suyo, de su propiedad. Al terminar el usufructo ó el uso de la cosa, el propietario se encontraría con que no podía usar de la servidumbre, porque el usufructuario ó el usuario había renunciado á ella. Resultado: infracción del párrafo segundo del art. 4.° del Código, por estimar válida una renuncia en perjuicio de tercero, puesto que al propietario se le causaba un perjuicio, más que esto, un despojo; violación del principio de derecho, de que ningún hombre puede dar más derecho á otro de alguna cosa, que aquello qu le pertenece en ella, puesto que sucedería que la persona n dueña de un derecho, disponía de él en detrimento del verd dero propietario.

Hemos mencionado al usufructuario y al usuario; ocupém

nos del enfiteuta. ¿Podrá éste renunciar la servidumbre? Puede el enfiteuta enajenar la finca enfitéutica, es dueño, no siendo, por tanto, aplicable á primera vista la razón de que la renuncia de la servidumbre sólo cabe se verifique por quien tiene derechos dominicales sobre la finca; pero su dominio no es absoluto y completo; es, por el contrario, restringido é imperfecto. El enfiteuta es dueño con el señor directo, á quien puede volver el dominio absoluto de la finca en algunos casos (retracto, ó tanteo y comiso): de aquí que la renuncia envolvería un perjuicio para tercero, á más de emplearse la enajenación por una persona, de cosa ó derecho que no era de su propiedad. No se alegue en contra que el enfiteuta puede vender, donar, permutar y, en general, disponer de la finca enfiteuticada, porque el caso es muy distinto del presente. La enajenación de la finca no supone ningún perjuicio para el dueño directo, á quien es igual como enfiteuta una persona ú otra. Además, la enajenación de la finca es la afirmación del dominio directo, porque el nuevo enfiteuta ha de seguir con todas las obligaciones de su transmisor, en tanto que la renuncia de la servidumbre implica la *pérdida* de ésta, es decir, un perjuicio.

Deducimos de las consideraciones consignadas en los últimos párrafos, que sólo puede renunciar el dueño propiamente tal del predio dominante. ¿Es absoluto este derecho ó se halla subordinado á ciertas condiciones? Se observa, desde luego, que el artículo se refiere al caso de ser varios los predios dominantes. El Código admite la renuncia y consiguientemente la exención del pago como compensación al beneficio que la renuncia puede producir á los otros dueños. Puesto que se han de aprovechar del derecho renunciado, que paguen—dice la ley—la parte que correspondía satisfacer al renunciante. La consecuencia es lógica.

Cuando hay un solo dueño, como no puede renunciar á favor de alguien, no existe persona que pague en su lugar y tiene forzosamente que hacerlo él. Él verificó las obras, él contrajo la obligación y él debe pagarlas, por no poder ser sustituído por otra persona. La renuncia del artículo atañe, repetimos, al caso la pluralidad de predios dominantes, puesto que el dueño ha renunciar *en provecho de los demás*. ¿Qué quieren decir estas abras? ¿Indican que de la renuncia ha de resultar un beneficio erminado en pro de los otros propietarios? Tan difícil es fijar

concretamente el provecho, que no nos atrevemos á admitir esta interpretación. En nuestra opinión, hay que entender aquellas palabras en el sentido de que la renuncia se presume hecha siempre en beneficio de los demás dueños de los predios dominantes, mientras no conste expresamente la existencia del perjuicio.

Sentamos esta afirmación porque del examen de cada servidumbre se desprende que su renuncia, salvo casos especialísimos, difíciles de apreciar especulativamente, visibles sólo en la práctica, lleva como consecuencia un beneficio para las demás personas con derecho al goce de la servidumbre. Así, por ejemplo, si varias personas tienen á su favor la servidumbre de saca de agua ó de abrevadero, y una ó varias de ellas la renuncian, las restantes experimentan consiguientemente un beneficio, porque disfrutarán de mayor cantidad de agua. En la renuncia de la servidumbre natural de aguas (caída de las aguas del predio superior sobre el inferior), la de camino de sirga, acueducto, estribo de presa ó partidor, existe provecho para los no renunciantes: primero, por aumentarse su interés en la comunidad, puesto que el que representa ésta se reparte entre menor número de personas, siendo en algunos casos manifiesto el aumento citado, ó sea el beneficio, como sucede en la servidumbre de presa ó acueducto, en atención á que al perder el renunciante su derecho de propiedad sobre ellos, acrece á los demás, los cuales ven aumentadas así sus cuotas: segundo, porque el uso de una cosa por menor número de personas supone la posibilidad de una mejor conservación de la cosa en proporción á la disminución que sufra el uso. Se presume que una cosa usada por cuatro se deteriora más que utilizada por dos; luego, si tres personas, por ejemplo, tienen derecho á usar de una cosa y solo la usa una, las otras dos resultan favorecidas por el menor uso de la cosa, á la vez que el mayor que pueden ejecutar ellos. El beneficio será remoto é indirecto, pero al fin existe alguno. *En provecho de los demás* quiere, pues, decir que se renuncia la servidumbre á favor de los demás dueños de los predios ó personas que tengan derecho al uso de la servidumbre, no á favor de un tercero, porque en tal caso, no habria renuncia sino cesión de derechos.

Pensamos también que el caso de la renuncia se refiere al de la comunidad del derecho real de servidumbre, esto es, cuando los dueños de los predios dominantes ó las personas que

en su nombre gozan del derecho usen de él procomunalmente, cuando la servidumbre sea *una común* á todos. La razón es obvia. Si aun cuando sea uno el predio sirviente y varios los dominantes, existe una servidumbre á favor de cada propietario, la renuncia no afecta á los demás. Será un acto particular entre el dueño del predio dominante y el del sirviente, sin afectar á los otros porque son extraños á él, son terceros jurídicamente hablando. Así, si al patio de una casa dan las fachadas de tres ó cuatro con servidumbre de luces y vistas, aun cuando uno de ellos renuncie, tal acto no afecta á las demás, porque los huecos ó ventanas de cada casa constituyen una servidumbre distinta de la de los otros propietarios. Prueba la evidencia de esto, la consideración siguiente: la imposibilidad de que las obras sean comunes en ese caso. Cada propietario hará lo que estime conveniente al goce y conservación de su respectiva servidumbre. Es, pues, necesaria la unidad de objeto indispensable á toda comunidad (véase comentario del art. 392); es menester que el derecho de servidumbre pertenezca procomunalmente á varios, por ejemplo, que el derecho de paso, el de saca de agua, abrevadero, etc., con relación á un mismo predio corresponda de consuno á varios predios dominantes.

Acabamos de consignar que la renuncia de la servidumbre con relación al caso del art. 544 implica la comunidad del derecho. Existiendo comunidad, rige en cuanto á la administración y disfrute de la cosa común el art. 398, conforme al cual son obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Dedúcese de aquí que cuando sean varios los dueños de los predios sirvientes ó las personas con derecho á usar de una misma servidumbre, deberá adoptarse un acuerdo entre todos, lo cual supone la expresión de la voluntad de cada comunero.

Puede ocurrir que alguno ó algunos se manifiesten conformes con las obras que se traten de realizar y después intenten eximirse del pago de ellas, renunciando á la servidumbre. En tal supuesto, ¿produciría la renuncia el efecto de eximir al renunciante de la obligación del pago? El artículo no distingue. Habla e renuncia en general, afirmando que el que la verifique se time de contribuir á la satisfacción de los gastos, sin señalar oca para la obligación. Frente á este razonamiento se levanta de que, sabiendo el dueño del predio la obligación de pagar las

obras, así como la exención del pago, desde el momento en que en la reunión de comuneros manifestó su opinión favorable á las obras, quedó sometido al acuerdo, porque su conducta implica además una renuncia del privilegio concedido por la ley. Acaso la consideración primera sea la más ajustada á la doctrina del Código; pero ante nuestros ojos es más justa y racional la segunda.

El segundo modo de exención del pago de las obras es el pacto en contrario. Su fundamento es bastante evidente. La voluntad particular es el principio regulador de las obligaciones si la ley no contiene precepto prohibitivo y, mejor aún, si es expresamente permisiva como en el caso actual.

El precepto es una manifestación de prodigalidad legal. Si hay varias personas obligadas al pago de una cantidad, y acuerdan eximir á una de ellas del cumplimiento de su obligación, ó sea del abono de la parte proporcional de la cantidad debida, claro está que el acuerdo es válido siempre que la ley no lo prohiba de manera categórica. Por esta razón, si los diversos dueños de los predios dominantes acordasen que el del sirviente no abonare cantidad alguna de las obras ejecutadas en éste á pesar de utilizarse en algún modo de las servidumbres, es indudable que quedará exento por esta sola convención de la obligación de contribuir á los gastos, aunque no constase en el Código la disposición objeto de nuestra referencia.

De igual modo haremos notar que la disposición aplicable especialmente, según parece desprenderse del texto legal, al predio sirviente, lo es al del dominante ó á los varios de éstos, por la razón antes expuesta. Quien tiene facultad para exigir el cumplimiento de una obligación, la tiene asimismo para librar de su cumplimiento. Así, teniendo el dueño ó dueños de uno de los predios derecho á exigir de los de los demás predios sirvientes el pago de la parte proporcional del coste de las obras, si acuerdan no cobrárselo á uno ó varios de ellos, quedarán éstos liberados de la obligación. Ahora bien: el acuerdo deberá ser adoptado por la mayoría de los interesados, á tenor del precepto del art. 398. Se trata, como queda repetidamente consignado, de una comunidad (de derecho real) y son pertinentes las disposiciones establecida por el Código respecto de dicha materia.

***

Un derecho supone una obligación correlativa.

La servidumbre, derecho real á favor del dueño ó dueños del predio dominante, trae aparejada la obligación por parte del poseedor (dueño, poseedor propiamente tal, enfiteuta) del sirviente de no impedir, de permitir, el ejercicio de aquel derecho, y por tanto, de no menoscabarle como dice el párrafo 1.º del art. 545 de nuestro Código, tomado literalmente del 1.150 del mejicano y 1.295 del guatemalteco. Es la doctrina del *statu quo* de que se ocupa el art. 543 con relación al predio dominante aplicada al sirviente. El dueño de éste (ó la persona que tenga derecho para ello conforme á las consideraciones expuestas con anterioridad en cuanto á la facultad de hacer obras en el predio), deberá, pues, respetar el modo ó forma en que esté constituída la servidumbre, sin poder alterarlos. No podrá mudar los sitios ni trasladar el ejercicio de la servidumbre á otro sitio diferente del que se fijó al principio, como expresa el art. 701 del Código francés en su párrafo segundo, ni cambiar el estado del predio ó variar el ejercicio de la servidumbre á un sitio distinto de aquel en que originariamente se estableció, palabras del párrafo 2.º, también del artículo 545 del italiano.

Como dice Laurent, siendo propietario el dueño del predio sirviente, puede usar de su derecho de propiedad, pero sin poder hacer nada contrario al derecho del dueño del fundo dominante. El propietario del fundo gravado con una servidumbre negativa está impedido — dice Pacifici-Mazzoni — de todo acto de uso ó dispositivo, para impedir el cual se constituyó. Así—manifiesta—no podrá edificar sobre el suelo gravado con la servidumbre, *non aedificandi*, ni alzar su edificio sobre el que pese la servidumbre, *non tollendi*. Por el contrario, cuando la servidumbre es afirmativa, el dueño del fundo gravado debe tolerar que el propietario del dominante ejecute todos los actos, á los que tiene derecho.

La regla no puede tener carácter absoluto, porque siendo la servidumbre un gravamen para el predio sirviente, ha de procurarse que el perjuicio inherente á todo gravamen sea el menor posible, y ha de tenderse siempre á favorecer á quien lo sufre, procediéndose medios de evitar ó disminuir la incomodidad. De acuerdo se hallan estas razones con el fundamento del derecho de que se trata, según Pacifici-Mazzoni, el cual dice que se basa en la equidad y señaladamente en el principio *quod tibi non nocet,*

et alteri prodest faciendum est, y tiende á proteger el interés general del mejoramiento de la agricultura y de la propiedad urbana, que podía sufrir ó hacerse más difícil y costoso por virtud del mantenimiento absoluto de la servidumbre en el estado primitivo.

El legislador español, comprendiendo la evidencia de los razonamientos acabados de exponer, permite la variación, y nuestro Código, con análogo criterio al de otras Naciones (Bélgica y Francia, art. 701; Italia, 645; Portugal, 2.278; Guatemala, 1.296 y 1.297; México, 1.151 y 1.152), permite variar la servidumbre á costa del dueño del predio sirviente, según dice el párrafo segundo del art. 545, si concurren los cuatro requisitos siguientes:

1.° Resultar incómoda la servidumbre al dueño del predio sirviente, bien por razón del lugar asignado primitivamente, bien por la forma establecida para el uso de la servidumbre, ó privarle de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes.

2.° Ofrecer al que tenga derecho á usar la servidumbre otro lugar ó forma igualmente cómodos en reemplazo de los anteriores que se traten de sustituir.

3.° No resultar perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

4.° Costear los gastos que ocasione la variación de la servidumbre. Examinemos cada uno de ellos.

Es el primero el aumento de la incomodidad inherente á la servidumbre; ¿cuándo cabe estimar que existe la agravación de la carga? Cuando la servidumbre—afirma con acierto Pacifici-Mazzoni—comienza á disminuir la propiedad del fundo sirviente más de lo que en un principio podía preverse, determinando un daño que la equidad no permite deba sufrir el dueño del mismo.

La mayor incomodidad ha de provenir, según dice el texto, del lugar ó de la forma establecida para el ejercicio de la servidumbre, esto es, el lugar y la forma han de resultar más incómodos que en un principio. Así se desprende del tenor del artículo, conforme al cual el dueño del predio sirviente habrá de probar que el lugar ó la forma han llegado á ser muy incómodos, es decir, justificar el aumento de la incomodidad.

Esta es la regla derivada del precepto legal. Nosotros creemos, no obstante, que debiera tener una interpretación más amplia, esto es: haber lugar á la variación de la servidumbre, no cuando aumente la incomodidad, sino en el caso de que el lugar

ó la forma de ejercicio de la servidumbre sea por sí incómodo. Y decimos esto porque no entendemos muy propio hablar de aumento de incomodidad con relación al lugar ó la forma, puesto que si éstos no se han alterado, es evidente que la incomodidad tampoco ha de variar, y será igual desde el principio, desde la constitución de la servidumbre. La razón del precepto del Código ante esta consideración, sólo puede ser el afirmar que su sentido es el de que podrá variarse la forma ó el lugar de la servidumbre, cuando resulte más gravoso de lo que se creyó al tiempo de su constitución.

La ley permite al dueño del predio sirviente variar la servidumbre, pero con la condición indispensable de ofrecer otro lugar y forma igualmente cómoda para el ejercicio del derecho real. Pacifici-Mazzoni pregunta si el lugar que se ofrezca en cambio ha de ser otra parte del mismo fundo ó de otro distinto, contestando que si bien se verifica, por regla general, lo primero, puede hacerse también lo segundo.

No hay tampoco problema para nosotros. Trátase de una cuestión de hecho (la de que á la persona con derecho al goce de la servidumbre le parezca ó no igualmente cómodo el lugar ofrecido) que ha de ser apreciada por dicha persona ó, en su defecto, por el Juzgado, y no pueden establecerse reglas fijas y generales. La única consideración que cabe hacer es la de que el art. 545 no habla de que el lugar sea del mismo fundo, sino de «lugar» en general, de donde se desprende que puede ser cualquier otro.

La tercera condición es la de que la variación no cause perjuicio al dueño ó á las personas con derecho á la servidumbre. ¿Cuándo existe perjuicio? La cuestión es evidentemente de hecho —dice Laurent—y debe decidirse en vista de las circunstancias del caso. Basta que el uso de la servidumbre sea menos cómodo —añade—para que el dueño del predio dominante tenga el derecho de quejarse, porque la servidumbre es con frecuencia una cuestión de comodidad.

Es exactísima tal opinión. Determinar si la variación que se intenta perjudica ó no á quien tiene derecho á gozar de la servidumbre, no es cuestión jurídica, es de hecho, puesto que queda al criterio de las personas interesadas, y en su defecto, á la autoridad judicial. La variación que el dueño del predio sirviente crea cómoda, puede estimarla perjudicial el del dominante, por-

que la comodidad, como la utilidad de una cosa, son conceptos, no absolutos, sino relativos, en cuanto dependen de la apreciación de las personas que usen de la cosa, y en desacuerdo de ella, la de los peritos, ya particularmente, ya judicialmeate si surgiese controversia entre las partes.

El último requisito es el de que la variación de la forma ó lugar de la servidumbre se verifique á costa del dueño del predio sirviente. El fundamento de la disposición es harto comprensible. A él le favorecen las obras; la ley permite se realicen en su provecho, luego él debe pagarlas.

***

Como consideración común á toda la sección, diremos que los derechos consignados á favor del dueño del predio dominante y del sirviente en los artículos comentados, son supletorios en el sentido de que regirán en defecto de los establecidos expresamente en el título constitutivo de la servidumbre. Si en él se expresan las obras que pueden hacerse, el tiempo y la manera de ejecutarlas y las alteraciones que en la forma y lugar de la servidumbre pueden introducirse, al título habrá que atenerse. Esta subordinación á la voluntad particular creemos no ha de ser, sin embargo, absoluta.

Las partes podrán estipular la clase de obra, el tiempo y modo de realizarla, pero no que el dueño del predio dominante no realice obras para el goce y conservación de la servidumbre, ni tampoco que el del sirviente no pueda nunca alterar la servidumbre, aun cuando le perjudicase. Estos pactos, entendemos, serían nulos por ir contra ley. El legislador, en el Código, expresión de la voluntad general, consigna determinados derechos á favor de los dueños de los fundos dominante y sirviente. Cuando los ha establecido es por creer que no puede dejarse su determinación al interés particular, por afectar al social; luego no es lícita su renuncia, á tenor del párrafo segundo del art. 4.° del Código. Ciertas servidumbres, las más importantes, son impuestas por la ley, expresión, repetimos, de la voluntad general: pues bien, esta voluntad no puede derogarse por la privada, derogación que tendría lugar si los derechos inherentes á la servidumbre pudieran ser sin excepción renunciables.

El estudio de los artículos que comentamos tiene también una fase procesal. La ley prescribe que tanto entre las personas con derecho á la servidumbre como entre éstas y el dueño del predio sirviente, exista la más perfecta cordialidad respecto de las obras. Nada difícil, sin embargo, que ocurra lo contrario, por la naturaleza de los casos comprendidos en los artículos. El dueño del predio dominante tiene derecho para hacer en el sirviente las obras necesarias para el mantenimiento de la servidumbre, pero eligiendo el tiempo y forma convenientes, á fin de perjudicar lo menos posible al dueño del sirviente y sin alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa. El dueño del sirviente tiene facultad, á su vez, para variar á su costa la servidumbre, ofreciendo un lugar ó forma igualmente cómodos para su ejercicio, y no perjudicando á los que tengan derecho al uso de la servidumbre. Ahora bien: si en uno ó en otro caso no existe avenencia entre ambas partes interesadas respecto del tiempo ó modo de verificar las obras, lugar y forma de la servidumbre, ¿qué acciones existirán á favor del dueño del predio dominante ó personas con derecho á usar de la servidumbre del sirviente y en qué forma podrán ejercitarse?

La persona á cuyo favor exista la servidumbre se halla en posesión de ésta; luego puede ejercitar la acción posesoria mediante el interdicto.

Así, si comienza á ejecutar las obras y el dueño del predio sirviente se opone á la ejecución, como esta conducta implica una perturbación del derecho posesorio de la persona á cuyo favor esté constituída la servidumbre, dicha persona (dueño, enfiteuta, usufructuario), podrá entablar el interdicto de retener. Por el contrario, el dueño del predio sirviente ó la persona que lo esté poseyendo, podrá ejercitar el interdicto de la obra nueva para impedir que se continúen las emprendidas.

Si el dueño del predio sirviente intenta variar la servidumbre en virtud del art. 545, el dueño del predio dominante ó las personas que tengan derecho al uso de servidumbre, podrán oponerse á la variación utilizando el interdicto de retener si se
[illegible]a de variación de lugar y forma del ejercicio de la servidum-
[illegible] y el de obra nueva si de la realización de obra.

A más de los interdictos, podrán entablar el juicio ordinario personas que disfruten de la servidumbre y el dueño del

predio sirviente ó la persona que lo posea para decidir acerca de la procedencia de las obras y de la variación de la servidumbre.

¿Quién podrá ejercitar las acciones mencionadas? Las referentes á la ejecución de las obras, los que tengan derecho al uso de la servidumbre, los que se hallen en posesión del predio dominante (dueño, enfiteuta, poseedor, usufructuario), por ser los que tienen facultad para realizar las obras y la obligación de pagarlas.

¿Y las que afecten á la variación de la servidumbre? Trátase en cierto modo de una novación de la servidumbre, y así como una obligación no puede novarse por el que la contrajo ó el que de él trae causa, de igual manera parece lógico afirmar que la servidumbre sólo puede alterarse por el que la constituyó, por sí ó en unión del que la disfrute. Esto en cuanto á la alteración de la servidumbre, en el caso de juicio ordinario en que se haya de dedicir definitivamente sobre ella; respecto del caso en que el dueño del predio sirviente intente variarla ejecutando obras, las personas que tengan el uso de la servidumbre podrán ejercitar la acción posesoria (interdictos).

Por último, las cuestiones litigiosas derivadas de los artículos comentados (comodidad, perjuicio), son de hecho, como queda expuesto, pendientes, por tanto, del criterio pericial y en definitiva de la apreciación del juzgador.

SECCIÓN CUARTA

De los modos de extinguirse las servidumbres.

Como indica el epígrafe de la Sección, trata ésta de los modos de acabarse las servidumbres. Son los generalmente admitidos por los Códigos extranjeros, y la mayoría tienen precedentes en el derecho patrio. Todos ellos, salvo una excepción, reconocen por origen la voluntad expresa ó presunta (prescripción). La excepción se refiere al núm. 3.° del art. 546: estado de los predios, cuando provenga de hecho fortuíto (un incendio) ó fuerza natural (inundación, tempestad, terremoto).

Es el modo primero la consolidación ó confusión, ó sea la reunión en una misma persona de la propiedad del predio dominante y de la del sirviente. Modo admitido ya por el Derecho romano (Dig., libro VIII, título VI, ley 1.ª: *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit;* las servidumbres prediales se confunden si la misma persona se hiciere dueña de ambos predios); establecido también por las Partidas (3.ª, tít. XXXI, ley 17: "... *assi como quando aquel cuya es la cosa que deue la seruidumbre compra la otra en que la auia ganada. Ca por razon de la compra que se ayunta la vna cosa con la otra en su señorio pierdese la servidumbre...)* Su fundamento es incuestionable. La servidumbre real (á la que se refiere el art. 546) exige dos predios diversos pertenecientes á distinto dueño, uno de los cuales, en su cualidad de tal, goza de un uso del otro fundo, ó de la facultad de prohibir uno (uso) al propietario de éste. Si el fundo gravado pasa á ser propiedad del dueño del dominante ó viceversa, la servidumbre cesa *ipso facto*, por no haber ya dualidad de predios, por no ser necesario el uso ó la prohibición, en cuanto como propietario de ambos predios puede su dueño servirse de ellos en tal concepto.

Y no es esto atributo exclusivo de las servidumbres denominadas reales, en oposición á personales, sino que lo es también de éstas, y se encuentra siempre que existe bifurcación ó desmembración de la propiedad. Las llamadas servidumbres de pastos ó de leñas se extinguen asimismo por consolidación cuando el derecho en que consisten, fracción disgregada de la propiedad, vuelve á unirse, á agregarse con aquello de que se separó, como sucede si el que goza de la servidum-

bre adquiere la propiedad del fundo gravado. Ejemplo de esto ofrece igualmente el usufructo, el cual termina (artículo 513, núm. 3.°) por la reunión del usufructo y de la propiedad en una misma persona, y sabemos que las obligaciones se extinguen cuando se reúnen en una persona los conceptos de acreedor y deudor.

El no uso es el modo extintivo mencionado en segundo término por el art. 546.

El Derecho romano admitió primeramente la prescripción por el no uso de dos años, pero declarando que respecto de las servidumbres rústicas bastaba el mero lapso de tiempo, en tanto que respecto de las urbanas era necesario la adquisición de la libertad del predio sirviente mediante un acto contrario á la servidumbre del dueño de éste. Con posterioridad, Justiniano estableció la prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, conservando, según la opinión de Heinecio, Ortolan y otros tratadistas, la distinción entre rústicas y urbanas, en cuanto á la necesidad en las primeras del acto obstativo.

Las Partidas (ley 16, tít. XXXI, Partida 3.ª) presentan un mecanismo jurídico más complicado. Sientan, como el Derecho romano, la distinción capital entre urbanas y rústicas, y dentro de las segundas establecen preceptos diferentes según la naturaleza de la servidumbre. Las primeras prescriben por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, pero mediando acto obstativo: *ca si el non embargasse assi la seruidumbre, maguer el otro non usasse della en este tiempo sobredicho*—declara la ley citada—*non la perderia por ende*. Con relación á las rústicas, diferencia las continuas, las que *«son de tal natura, que fiziessen*

seruicio sin obra de aquel que las resciben, de las discontinuas, las que «*vsassen dellas á las vezes e non cada dia*», aquéllas no se pueden perder sino «*desque estuuiesen tanto tiempo que non vsen dellas que los omes non se puedan ende acordar*»: éstas por tiempo de veinte años, sin distinción entre presentes ó ausentes, «*quier sea en la tierra quier non aquel á quien pertenescen*».

El Código se ha apartado de su antecesor legal como se ha desviado también de la doctrina general de la prescripción. Ha abandonado el principio de la variedad del tiempo para adoptar, con aplauso nuestro, el de la unidad, si bien ha fijado uno distinto del establecido para la prescripción de las acciones reales en general. Por el término de veinte años prescriben, sin distinción, todas las servidumbres; ahora bien: el tiempo comienza á contarse desde diverso momento, según la varia modalidad del ejercicio de la servidumbre; si ésta es discontinua, el término se cuenta desde que se dejó de usar; si es continua, desde que se ejecute un acto contrario á la servidumbre. Esta diferencia en el punto de arranque de la extinción por el no uso se basa, como se ha enunciado, en la diversidad de unas y otras servidumbres por razón de su ejercicio. Denominándose discontinuas aquellas servidumbres cuyo ejercicio depende de actos del hombre, y, por tanto, no puede ser constante, es natural que se extingan por el mero no uso; si los actos de una persona determinan la vida de la servidumbre, y aquélla no ejecuta ninguno, morirá legalmente ésta. Son continuas aquellas cuyo ejercicio se considera constante, por no depender de actos del hombre. Como la prescripción depende del no ejercicio, es menester necesa-

riamente romper la continuidad, para desde esta interrupción contar el tiempo del no uso.

Con referencia al no uso ó prescripción de las servidumbres, hay en la sección dos preceptos, á más del número 2.º del art. 546: el 547 y el 548, éste concerniente al elemento subjetivo de la servidumbre en un caso especial, el 547 al objetivo. Es posible que el predio dominante pertenezca proindiviso á varias personas (modalidad de la propiedad, ó sea comunidad de bienes que afecta al elemento personal de aquélla), y en este caso, determina el citado art. 548 que el uso—el ejercicio, decimos nosotros—hecho por un comunero impide la prescripción respecto de los demás. El precepto que relativamente á la redención figuró ya en las Partidas, al declarar en la 17 del tít. XXXI y Partida 3.ª que *«si á una casa ó heredad de muchos deuiessen la seruidumbre, non la puede el vno quitar tan solamente sin otorgamiento de los otros»*, es derivado lógico de la doctrina de comunidad de bienes, del principio cardinal que la integra. Si todos los individuos que constituyen la comunidad tienen derecho á gozar solidariamente de la totalidad de la cosa común y de sus accesorios y agregados, claro es que el ejercicio del derecho de propiedad de uno solo de los partícipes basta para afirmar éste, para reputarlo viviente, puesto que su actividad jurídico-económica equivale á la de todos. Donde quiera que haya comunidad de un derecho y solidaridad en su ejercicio, será suficiente para conservar su vitalidad el que una persona lo ejerza.

Así como el art. 548 se dirige al elemento subjetivo del derecho de servidumbre, ó sea á la modalidad del mismo por el número de personas que gocen de

el 547 atañe al objeto, á la modalidad del ejercicio de la servidumbre, preceptuando que la forma de prestar ésta prescribe como la servidumbre misma. La forma es de capital importancia en la servidumbre en cuanto de ejercerse de una ó de otra manera puede agravar la condición del fundo sirviente ó disminuir extraordinariamente su gravamen. Prúebalo la facultad concedida por el art. 545 al dueño del predio sirviente de exigir la variación de la forma, y por esto, sin duda, además de la prescripción de la servidumbre misma, del derecho de servidumbre, se admite la de su forma, que hay que limitarla á ésta, es decir, sin entender que por eso se extingue la servidumbre.

Cuando no es posible ejercer materialmente un derecho, muere éste. Tal ley biológica se cumple también en la servidumbre; cuando el estado de los predios no permite el ejercicio de la servidumbre, ésta se extingue, si, á partir del momento en que deja de usarse, transcurre el tiempo necesario para su prescripción.

Decláralo así el núm. 3.° del art. 546, y si bien se observa, se verá que es una especie del género no uso, puesto que lo que determina la extinción es el no ejercicio durante el término de veinte años, á contar desde que el estado de los predios no haya permitido la vida de la servidumbre.

El Código español no admite el principio de la perpetuidad como característica de la servidumbre en cuanto ésta es una fracción del derecho de propiedad. Desprénde se así del núm. 4.° del repetido art. 545, conforme al cual las servidumbres se extinguen por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre era temporal ó condicional. Sentado aquel prin-

cipio (la temporalidad ó condicionalidad de la servidumbre), la consecuencia no podrá ser otra sino la consignada en el inciso del art. 546 á que nos venimos refiriendo.

Todos los derechos son renunciables—dice el párrafo segundo del art. 4.° del Código, inspirándose en antiguo principio jurídico—salvo cuando la renuncia sea contra el interés, el orden público ó en perjuicio de tercero. Conforme á este precepto general, las servidumbres son también renunciables, con sujeción—aunque el artículo correspondiente no lo diga—á las restricciones establecidas por aquél. «*Quitándola el señor de aquella cosa á quien deuian la seruidumbre*», piérdese, manifestó ya la ley 17, tit. XXXI de la Part. 3.ª

Es el último modo extintivo la redención, ó sea el convenio del dueño del predio dominante y del sirviente de extinguir la servidumbre mediante el precio que fijen. El dueño del predio dominante lo es también de la servidumbre, y puede enajenar su derecho mediante precio, como puede hacerlo graciosamente en el caso de la renuncia.

ART. 546. Las servidumbres se extinguen:

1.° Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

2.° Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto á las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre respecto á continuas.

3.° Cuando los predios vengan á tal estado que

pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, á no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior.

4.° Por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal ó condicional.

5.° Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.° Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

Concordancias.—Análogo á los artículos 545 y 548 de los proyecto de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 16.*—Pereza a iiendo los omes, en non querer ellos vsar, nin otri en nome dellos, de las seruidumbres que ouiessen ganadas, puedenlas perder por ende. Pero departimiento ha en esto entre aquellas que pertenescen á los edificios, e las otras que pertenescen a las heredades. Ca si alguno ouiere seruidumbre en casa de otro, que puede tener viga metida en su pared: o auer finiestra en ella, por do entre la lumbre a su casa, tal seruidumbre como esta, e otra semejante della, se puede perder por diez años, non vsando della aquel a quien pertenesce, estando en la tierra, o veynte, seyendo de fuera. E esto se entiende, si aquel que deuia la seruidumbre, tirasse la viga de su pared, o cerrasse la finiestra por do entraua la lumbre o embargasse la seruidumbre en otra manera, a buena fe creyendo que auia derecho de lo fazer. Ca si el non embargasse assi la seruidumbre, maguer el otro non usasse della en este tiempo sobredicho, non la perderia por ende. Mas las seruidumbres que han lo omes en los heredamientos, o en los otros lugares si son de tal manera que fiziessen seruicio sin obra de aquel que las recibe, e atales non se pueden perder, si non desque estuuieren tanto tiempo, que non vsen dellas, que los omes non se puedan ende a [illegible] si fuessen de tal natura, que vsassen dellas a las vezes, e [illegible] dia, segund diximos en la ley ante desta, pierdense

non vsando dellas por tiempo de veynte años, quier sea en la tierra, quier non, aquel a quien pertenescen.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 17.—Perderse podrian aun las seruidumbres en dos maneras, sin aquellas que de suso diximos. La vna es, quitandola el señor de aquella cosa, a quien deuian la seruidumbre, si fuere toda suya: mas si a casa o heredad de muchos deuiessen la seruidumbre, non la puede el vno quitar tan solamente, sin otorgamiento de los otros. La otra manera por que se pierde, es esta: assi como quando aquel cuya es la cosa que deue la seruidumbre, compra la otra en que la auia ganada. Ca por razon de la compra, que se ayunta la vna cosa con la otra en su señorio, pierdese la seruidumbre. E maguer la enagene despues o la tenga para si, de alli adelante nunca deue ser demandada, nin es obligada la cosa que assi es comprada a aquella seruidumbre. Fueras ende, si despues desso fuesse puesta nueuamente.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 19.—Obligada seyendo a seruidumbre vna casa a otra casa, de manera que non la deuiesse alçar; o solar de algund ome auiendo a recebir las aguas que cayessen del tejado de otro; si aquel señor a cuya casa deuiessen tal seruidumbre, como es alguna destas otorgasse poder al otro, cuya era la casa, o el suelo que la deuia, que alçasse la casa mas de como estaua en ante, o que fiziesse alguna lauor en el suelo, o cayessen las aguas, pierde por ende la seruidumbre que auia en aquel lugar: ca entiendese que quando le otorga y poder de fazer lauor, que le quita la seruidumbre que auia en aquel lugar.

ART. 547. La forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera.

Concordancias.—Igual á los artículos 546 y 549 de los proyectos de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 548. Si el predio dominante perteneciera á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás.

Concordancias.—Análogo á los artículos 547 y 550 de los proyectos de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tít. XXXI, ley 18.*—Comunalmente auiendo algunos omes casa o heredamiento a quien deuiesse otro edificio o heredad, seruidumbre si partiessen entre si aquella cosa que ouieren de consuno, e despues el vno dellos vsasse de aquella seruidumbre, que auian ante amos, e el otro non vsasse della por tanto tiempo, como diximos en las leyes ante desta, porque pierden los omes las seruidumbres perderla y a por ende. E non se podria aprouechar del tiempo que el otro vsara porque non era su personero, nin usaua de aquella seruidumbre por el: mas si non partiessen la cosa, que era comunal entre ellos, en que auian la seruidumbre, bien ternia pro el vso del vno al otro. E esto es porque ante que sea partida la cosa, es la seruidumbre vna. E vsando el vn companero della, en saluo fincaua al otro su derecho: mas despues que la cosa parten non es assi. E por ende el que non vsa de su parte, assi como dicho es de suso, pierdela.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 546, 547 Y 548.—Conciernen estos artículos que componen la sección, á los varios modos de extinguirse las servidumbres. Por eso los estudiamos en conjunto, aunque examinemos separadamente cada uno de los modos.

1.° *Confusión ó consolidación.*—Este es el modo extintivo de las servidumbres que enumera en primer término el art. 546. Si la servidumbre real consiste en un uso de la substancia de una cosa á favor de una persona dueña de un fundo, y en considera- á éste, ó en la prohibición de un uso de la substancia de una , indudable es que se ha de extinguir cuando la persona que del uso, ó de la facultad de prohibir un uso de una cosa, iera la propiedad de ésta, ó el que debe consentir el uso en ndo ó abstenerse de un uso de ella en consideración á otro,

adquiera también la propiedad, la substancia de la cosa. En uno y otro caso se reúnen en una misma persona la propiedad del fundo dominante y la del sirviente, y el dueño del primero se sirve del segundo por derecho de propiedad, de cosa propia, no por derecho de servidumbre, ó sea de cosa ajena. Falta el elemento primordial de la servidumbre, como de todo derecho real: la cosa ajena sobre la que recae aquél.

Es indudable que por la reunión de la propiedad del predio dominante y sirviente en una misma persona se extingue la servidumbre, es decir, cuando el propietario de cualquiera de ellas adquiere toda la substancia del otro. Mas puede suceder que adquiera sólo una parte determinada materialmente ó una parte ideal, abstracta, representada por una cuota (comunidad), y pregúntase si en estos casos terminará la servidumbre. En el primero, la respuesta es fácil: si la parte adquirida, tanto del dominante como del sirviente, es la que corresponde precisamente á la servidumbre, ésta se extinguirá.

Por ejemplo: en las servidumbres de paso, abrevadero ó de acueducto, el predio sirviente se divide materialmente; si el dueño del dominante adquiere la parte correspondiente al camino, donde esté el abrevadero ó el acueducto, la servidumbre se extinguirá; si adquiere cualquiera otra, seguirá subsistente.

Viceversa: si el dueño de la parte gravada (la del paso, abrevadero ó acueducto), adquiere el predio dominante, la servidumbre habrá terminado, é igual sucederá cuando el dueño del predio gravado con las servidumbres de vistas ó de vertiente de tejados adquiera la porción del fundo dominante, en el supuesto que éste se divida, que corresponda á las ventanas ó al conducto de desagüe, si la construcción del edificio así lo permitiere.

El caso de la comunidad exige más estudio para su resolución. Se refiere, según queda consignado, al supuesto de que el dueño del predio dominante adquiera en el sirviente, ó el de éste en aquél, una fracción de su propiedad representada, no por una porción física ó material, sino por una cuantitativa ó capitalista. Concierne á la comunidad de bienes.

Examinando el caso de pasada y á la ligera parece deber marse que la servidumbre se extingue también por la razó que desde tal momento el uso del predio sirviente deriva de relación de propiedad, y como ésta y servidumbres son tér

irreconciliables, fuerza es deducir, aparentemente, que no hay ya servidumbre, porque un concepto excluye al otro. Este razonamiento es falso: la participación en una comunidad de bienes, la adquisición de una fracción cuantitativa en la propiedad de una cosa común, da derecho á disfrutar de ella por sí, es decir, en consideración á la cosa misma, y subordinando el disfrute al interés recíproco y común de los demás partícipes, pero no á gozar de ella en consideración á otra cosa, que sería un goce singular, exclusivo.

Esta es la línea divisoria entre este caso y el de la adquisición total del fundo dominante ó sirviente ó de la parte de éstos donde radique la servidumbre. Comprueba la verdad de esta afirmación el examen de las principales servidumbres típicas que presenta el Código, tanto con relación á la adquisición de una cuota en el predio sirviente, como en el dominante.

a) *Caso de adquisición de una cuota en la comunidad del predio sirviente por el dueño del dominante.*

Servidumbre de *estribo de presa.*—Por la adquisición de una cuota de propiedad del predio gravado con tal servidumbre, nacerá el derecho á gozar de este predio en armonía con los demás condueños, pero el uso en que consiste la servidumbre, ó sea el apoyar el estribo de la presa en el predio sirviente, continúa, porque es uso en provecho de cosa ajena, distinto, por consiguiente, del uso genérico de la cosa común. La comunidad da solo derecho á gozar de la cosa común conforme á su destino; esto es, lo que se adquiere al entrar en la comunidad; gozar de la cosa *pro indiviso,* conforme á su naturaleza, usar de ella genéricamente, pero no extinguir un uso ó usos determinados de ella existentes con anterioridad. Por la comunidad se alcanzan todos los usos de la cosa, con sujeción á lo dispuesto en el art. 394, pero sin perder el uso preexistente á favor de cosa ajena.

Servidumbre de *saca de agua y abrevadero,* no á favor de una población ó caserío, sino *de una persona en relación con un fundo de su propiedad.*—Si el dueño del predio en cuyo favor existe la idumbre adquiere una participación en el gravado, podrá, es, sacar agua ó abrevar sus ganados en el predio común, irtud de su derecho de comunero; pero además, podrá asio realizar tales actos á título de servidumbre, ejercitándolos rma que implica ésta. Claro está que si ya no le es nece-

sario el uso propio de la servidumbre, renunciará tácita ó expresamente á ella; pero si quiere le será lícito ejercerlo, porque es distinto del uso de la cosa común. Pruébalo el que inherente á las servidumbres de que hablamos va la de paso hasta el punto donde esté sita la fuente, el pozo ó el abrevadero, y no cabe duda de que independientemente de sacar agua ó abrevar los ganados, de la manera que lo hagan los demás condueños, podrá pasar por sí ó conducir los ganados por el sitio donde estuviese el paso.

Servidumbre de *acueducto*. — Cabe alegar iguales razones, siendo muy parecido el caso á la del estribo de presa. El acueducto es propiedad del dueño del predio dominante, de manera que la adquisición de una fracción cuantitativa del dominio del sirviente no implica adquisición del acueducto. Sigue, pues, la división de la propiedad: de un lado el acueducto, de otro el predio sirviente. En éste, el dueño del predio dominante que haya adquirido la participación, podrá ejercitar todos los usos propios recíprocamente con los demás condueños, pero tendrá además el uso inherente al acueducto, como privativo y peculiar.

La servidumbre de *paso* parece presentar una excepción, pero tampoco es así. Si el dueño del predio viene a ser co-propietario del sirviente, ocurre pensar que, á tenor del art. 568, se ha extinguido la servidumbre. Aquél tiene salida al camino público por el predio de que es condueño: luego la servidumbre está de más. No sucede esto. La extinción de la servidumbre por reunión ó confusión, la consolidación, en una palabra, exige una sola cosa y una sola persona, unidad subjetiva y objetiva, y esto no ocurre en el caso de la adquisición por el dueño del predio dominante de una fracción capitalista de la propiedad del sirviente. Después de ésta adquisición sigue habiendo dos personas y dos cosas; en cuanto á lo primero, el dueño del predio dominante y los varios del sirviente, que en junto constituyen una personalidad; respecto de lo segundo, la finca *A* y la finca *B*, por ejemplo, perteneciente cada una á distinto dueño. El copartícipe del predio sirviente, dueño del dominante, usará de aquél como tal partíci disfrutará de todos los usos que proporcione; mas en el segun concepto usará específicamente del predio gravado. Gozará c uso genérico del fundo común y además del específico de paso favor de su fundo, del de propiedad singular. No hay consolid

ción del dominio porque éste se encuentra separado, y separación y consolidación son términos antagónicos.

La llamada servidumbre *de medianería* constituye una comunidad de bienes especial en los casos á que se refiere el art. 572; pero en aquellos en que exista propiamente la servidumbre, serán aplicables las consideraciones aducidas. Puesto que no hay consolidación del dominio, no hay extinción de la servidumbre.

La de *vistas* es confirmación fehaciente de la certeza de nuestro criterio. El que goza del derecho de vistas directas tiene, conforme al art. 585, la facultad de impedir al dueño del predio sirviente que edifique á menos de tres metros de distancia del predio dominante. En el caso de que el dueño de éste se convierta en copropietario de aquel sobre que recaen las vistas, pudiera suceder que la mayoría de los condueños acordase edificar á menor distancia de la legal. Claro es que este acuerdo, en virtud del precepto del art. 398, sería obligatorio para el copropietario, pero éste, en el concepto de propietario del predio dominante, podría protestar contra tal acuerdo é impedir su ejecución. Ahora, si el copartícipe consentía el acuerdo de la mayoría, tal conducta pudiera interpretarse como expresiva de la renuncia de la servidumbre. En el caso á que nos venimos refiriendo, un mismo individuo tiene dos personalidades distintas, la de copropietario de una cosa y la de propietario singular de otra, cada una de las cuales se mueve en órbita independiente.

De las servidumbres positivas de que habla el Código, quédanos por examinar la de *vertiente de tejados* y la de *desagüe*. La adquisición de una parte abstracta, representada por una cantidad, en el predio gravado con una ú otra servidumbre, no determina tampoco la extinción de éstas. Por la entrada en la comunidad se alcanza el derecho al goce y disfrute de la cosa común conforme á su destino, y no es adecuado al destino de un predio, servir para que viertan en él ó pasen por él las aguas de otro fundo. Este es un uso ajeno al propio y esencial á la cosa común. El copropietario de una cosa, por su calidad de tal, tiene derecho á disfrutar de ella en armonía con los demás partes, pero este disfrute no excluye ni se opone al uso determinado en que consiste la servidumbre. En un caso será como dueño de la cosa, en otro como propietario de la finca dominante.

Respecto á las servidumbres *negativas*, como son las incluídas en la sección correspondiente á «las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones», cabe dar por reproducido lo dicho en la de vistas, con relación al derecho de no edificar á menor distancia de la señalada por la ley. En el dueño del predio dominante se reúnen esta cualidad y la de copropietario del sirviente, pero con esfera autónoma una de otra, y, por tanto, con facultad de oponerse á todo acto de los comuneros, que implique la pérdida de su derecho como propietario del fundo dominante, ó sea del derecho de servidumbre. Conserva éste y adquiere otro más; no se convierte el uno por el otro; hay adquisición de uno nuevo, no cambio de los existentes.

b) Caso de la adquisición por el dueño del predio sirviente de una fracción cuantitativa ó cuota en la propiedad del dominante.

¿Se extinguirá la servidumbre, cualquiera que sea ésta, por dicha adquisición? En modo alguno. Resultaría en este caso que los demás condueños perderían su derecho por actos ajenos á su voluntad. De extinguirse la servidumbre se extinguiría para todos, y esto es imposible, es un absurdo.

En este caso (lo mismo que en el de la adquisición de una parte ó cuota en la propiedad del predio sirviente) existirán dos personas y dos cosas, lo contrario precisamente de la consolidación que, según hemos dicho, exige unidad subjetiva y unidad objetiva, de persona y de cosa ó económica.

Aún nos atreveríamos á sostener que el dueño del predio sirviente, cuando ejerza el uso en que consiste la servidumbre, no se sirve de cosa propia, puesto que para ello es indispensable que el derecho se ejercite á título de propietario, y él lo ejercita en tal caso á título de comunero del dominante, como miembro de la comunidad, porque ésta absorbe, por decirlo así, á los individuos que la componen. Se usa como propietario de una cosa cuando el uso es el propio y derivado de su naturaleza, no cuando es ajeno á ella, y hemos dicho con repetición que el servir un predio al dueño de otro, no es un uso inherente á su naturaleza.

La exactitud de nuestras afirmaciones se ve comprobada en todas y cada una de las servidumbres. Cualquiera que sea é (estribo de presa, saca de agua ó abrevadero, acueducto, p vista, etc.), á pesar de que el dueño del predio sirviente adqu

una participación en la propiedad del dominante, los predueños de éste siguen disfrutando de la servidumbre como antes, y lo que sucede es que aquél adquiere el derecho de utilizar la servidumbre comunalmente con ellos.

Prueba de esto es que, si después enajena el predio sirviente, tiene derecho á seguir disfrutando de la servidumbre como copropietario del fundo dominante, lo que no sería posible si la servidumbre se hubiera extinguido. Y prueba común á los dos casos es que la servidumbre sólo se extinguiría en el caso de que, por terminar la comunidad del predio dominante ó del sirviente, se le adjudicase al dueño singular de uno ó de otro la propiedad del que fué común, en su totalidad ó en la parte necesaria al ejercicio de la servidumbre, puesto que entonces se verificaría la consolidación de la propiedad de ambos fundos, ó sea la reunión en una sola persona (unidad subjetiva) de la substancia de los dos fundos (unidad objetiva), *único* caso en que la servidumbre muere por confusión.

Las palabras del artículo refiérense á la servidumbre denominada real, puesto que habla de predio dominante y de predio sirviente, y así es en efecto, porque sólo en las servidumbres en que existan dos ó más predios puede verificarse la reunión ó consolidación de su propiedad en un mismo sujeto. En las servidumbres á favor de una persona sin consideración á un fundo (de paso, de aguas, de leñas, pastos), la servidumbre terminará cuando el que goce de ella adquiera la propiedad del fundo gravado, porque desde tal instante usa de él por derecho de propiedad. El predio es suyo y la cosa no sirve á su dueño: *res sua nemini servit*. Aquí no hay reunión de propiedad, que supone pluralidad de cosas; hay adquisición de ella, pero esto es suficiente para extinguir el gravamen.

Algunas de estas servidumbres (leñas y pastos) consisten en el derecho de apropiarse determinados frutos de la substancia de la cosa; luego se extinguirán asimismo cuando se adquiera el derecho de percibir los frutos de la cosa, ó sea el usufructo. Si persona tiene la llamada servidumbre de pastos ó de leñas finca, y el dueño de ésta le otorga ó concede el usufructo la servidumbre habrá desaparecido para convertirse, para so al usufructo. Esto ratifica nuestra opinión, expuesta en ntario de los artículos 530 y 531, de que tales derechos,

los que recaen sobre el fruto, son usufructo y en manera alguna servidumbres, cuya denominación debe prescribirse.

Por la misma razón se extinguirá el gravamen cuando el dueño del predio gravado adquiera ó redima aquél, porque en este caso se verifica una verdadera consolidación en cuanto que se reúnen en una misma persona la propiedad y el usufructo, ó en términos precisos, la propiedad de la substancia de la cosa (nuda propiedad) y la de los frutos (usufructo). Se trata ni más ni menos que de la extinción de un usufructo conforme al núm. 3.° del art. 513.

2.° *No uso durante veinte años.*

Tal es el segundo modo de extinguirse las servidumbres.

Frente á la variedad de tiempo consignada por las Partidas en relación con las diferentes clases de servidumbres, el Código español, como hemos dicho, establece la unidad; un mismo término, igual número de años para todas: veinte; la diferencia está en el punto de partida, no en el camino que hay que recorrer para llegar á la extinción.

El lapso de tiempo fijado por el Código indica especialidad, privilegio, materia distinta de la común, y en efecto, la prescripción de la servidumbre se aparta de las reglas generales de la prescripción extintiva, circunstancia que viene á confirmar lo dicho por nosotros al tratar en el comentario del art. 537 de la adquisitiva. Las acciones reales sobre bienes inmuebles, y por tanto los derechos reales de que emanan aquéllas, salvo la hipotecaria, prescriben—conforme al art. 1.963—á los treinta años; la servidumbre á los veinte. Para la prescripción extintiva basta—según el 1.961—el mero lapso del tiempo fijado por la ley; en algunas servidumbres (las continuas) es menester un acto obstativo ó contrario á la vida de la servidumbre. El privilegio se ve aún en la terminología, pues el art. 546 no habla de prescripción, cuando emplea esta palabra respecto del usufructo y sí de no uso. Esto último es cuestión de nombre, que no afecta á la esencia de la doctrina, y por eso prescindiremos de ella; el no uso conduce á la prescripción extintiva, ó sea la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo.

Como hemos dicho, el artículo señala un único tiempo para todas las servidumbres, cualquiera que sea su clase; la diferencia entre unas y otras se encuentra en relación al momento des-

el que ha de empezar á contarse la prescripción. La distinción obedece al ejercicio, no al derecho ni á la forma de la servidumbre, y se basa en las razones siguientes: son servidumbres discontinuas (paso) aquellas que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre; luego se extinguirán cuando el hombre no ejecute el acto ó actos propios de la servidumbre: bastará el mero no uso de ellas. Por el contrario, son servidumbres continuas aquellas cuyo uso se supone incesante por no requerir intervención de actos del hombre (estribo de presa, acueducto, medianería, vistas, vertientes de tejados y todas las negativas). Pues bien: como no es necesario el ejercicio material de la servidumbre, porque éste se presume permanente, no pueden extinguirse por el no uso, por el no ejercicio, cuando ni el uso ni el ejercicio existen: tiene que fijarse un punto de partida expresivo de la voluntad de prescribir, que rompa la actuación permanente, digámoslo así, de toda servidumbre continua, y tal punto no puede ser otro sino un acto contrario á la servidumbre, un acto obstativo, de oposición al ejercicio de ésta. Así, impedir el curso del agua en el acueducto, edificar ó alzar en la de vistas, construir ó plantar á menor distancia de la permitida por la ley. Unas, las discontinuas, exigen actos humanos, porque si éstos no se verifican, mueren por sí mismas, por consunción jurídica; otras, viven por sí, tienen vida propia; pues para que se extingan hay que destruir esa vida, hay que ejecutar un acto contrario á su existencia.

Germano expone también el fundamento de la diferencia, diciendo que en las servidumbres discontinuas, como es necesario el acto del hombre, el tiempo para la prescripción debe comenzar á correr desde que no se usan, porque no interviniendo acto humano, se debe suponer justamente que el que usa no quiere gozar de ella. Al contrario—añade,—pudiendo la servidumbre continua ejercitarse sin hecho actual del hombre, se reputa siempre en uso, aun cuando éste no se practique de hecho, de donde la ley sabiamente requiere uno contrario, porque si desde este momento el propietario del fundo dominante no usa de la servi-
bre, cabe pensar rectamente que no quiere gozar ya de ella.
acifici-Mazzoni explica asimismo la razón del precepto legal
enciando las servidumbres continuas de las discontinuas.
primeras, ejercitándose por sí mismas, no puede cesar su

ejercicio sin que éste se impida, por un acto contrario, como cerrar las ventanas, mudar la vertiente de tejados, destruir el canal del acueducto y otros semejantes. Consistiendo las segundas en un hecho actual del hombre, cesa su uso cuando cesa de practicarse el acto en que consiste su ejercicio, como no pasar por el predio sirviente, no sacar agua del pozo ó fuente ajena ó no pastar el ganado en el predio ajeno.

El acto contrario ha de ser formal, esto es, material para que de él tenga conocimiento el dueño del predio dominante, ó su poseedor (usufructuario, arrendatario, etc).

El Código habla del no uso en términos que revelan que se refiere á las servidumbres que estén en actividad; pero no cabe duda que se aplicará el precepto á las que, habiendo nacido jurídicamente, no hayan comenzado á ejercitarse. Ejemplos: se pacta una servidumbre de paso, ó de saca de agua, ó de acueducto, y ni se empieza á pasar ó sacar agua, ni se construye el acueducto, ó aun construído no se usa; entendemos que la servidumbre se extinguirá pasado el término legal prescriptivo, puesto que, pudiendo usarse, no se ha usado. Tanto en este caso como en el de que haya dejado de usarse, existe el mismo motivo fundamental de la prescripción, á saber: la presunción de la voluntad por parte del que tiene el derecho de no querer ejercerle, y es lógico aplicar el fin de la prescripción: castigar la negligencia de la persona á cuyo favor existe el derecho prescrito.

Aunque el no uso de la servidumbre sea una modalidad, una especialidad de la prescripción general, es lícito afirmar que será aplicable á la especie lo fundamental del género. Nos referimos á la interrupción de la prescripción, si bien subordinada á la naturaleza especial del derecho de servidumbre.

La prescripción de ésta se interrumpirá indudablemente, conforme al art. 1 973, por el ejercicio de la acción confesoria ante los Tribunales, pero se interrumpirá también por el ejercicio de la servidumbre según la naturaleza de ella (pasar, sacar agua), advirtiendo que en aquellas en que para empezar á ganar la prescripción sea necesario un acto obstativo (cerrar el paso ó el curso del agua, alzar), precisará, para destruir la eficacia de éste, interdicto, si no ha transcurrido el año y día, y el juicio ordinario, ejercitando la acción confesoria, pasado este lapso de tiem

* * *

Precepto nuevo en el Derecho español, de importación extranjera, es el del art. 547; conforme á él, la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera.

Al hablar de prescripción de la forma de la servidumbre separadamente de la del derecho de servidumbre, se comprende que en tal caso éste vive, no se extingue. Y así es: la forma no es esencial al fondo, es accidental; se podrá perder aquélla, pero en tal caso éste continúa; viceversa: la extinción del derecho lleva consigo la de la forma.

Forma, respecto de la servidumbre, vale tanto como manera de ejercerla, y el artículo quiere decir que á la extinción de la forma ó manera de prestarse la servidumbre, no va inherente la de ésta; y, por el contrario, sigue subsistente el derecho, pudiendo ejercitarse en otra forma ó manera.

La forma ó manera de prestar una servidumbre es ósta en vida, en movimiento, es el *hecho* de la servidumbre, y claro está que puede perderse por el no uso durante el tiempo establecido por la ley, de igual modo que el *dèrecho* de servidumbre. Si una persona tiene derecho á ejercitar una servidumbre en determinada forma, ya en cuanto á las obras necesarias para su ejercicio, ya por lo que atañe á su extensión, y la ejercita en otra distinta durante el lapso de veinte años, existe la misma presunción que no ejercitando el derecho, ó sea la de que se renuncia á la forma, y por tanto, ésta se extingue.

La diferencia entre la prescripción de la servidumbre, ó sea del *derecho,* y la prescripción de la forma, ó sea del *hecho* de la servidumbre, está en que en el primer caso la extinción viene por el no uso de la servidumbre, y en el segundo, por el uso en forma diversa de la establecida ó ganada. La primera es una extinción total, la segunda parcial.

La verdad de estas afirmaciones se observa notoriamente en las servidumbres legales de interés privado.

La ley concede á los dueños de algunos predios la facultad de imponer servidumbre sobre otros; pero la manera, la forma, la] alidad del ejercicio del derecho, queda á la determinación (s partes. Si la favorecida con el derecho lo ejerce en forma (nta de la convenida, habrá muerto una modalidad de la] mbre de que se trate, pero no el derecho real. Éste queda

en pie, y la servidumbre podrá renovarse en la misma forma ó en otra distinta.

La prescripción de la forma se verificará de la *misma manera* que la servidumbre misma. ¿Qué quieren decir estas palabras del artículo? No pueden referirse á otros particulares sino al tiempo por el cual prescriben y al momento desde el cual ha de empezar á contarse aquél. Respecto del tiempo no cabe duda alguna: veinte años; no así con relación al instante inicial.

Distingue el Código en la prescripción del derecho de servidumbre, las continuas y las discontinuas. Para éstas basta el mero transcurso del tiempo, el simple no uso; para las primeras es menester un acto obstativo á partir del cual se cuenta el tiempo del no uso.

Las discontinuas no originan controversia ni vacilación, puesto que aun para la prescripción del derecho es suficiente el no uso; la duda se presenta respecto de las continuas en el punto concerniente á si es ó no necesario el acto obstativo. No decimos, tampoco, que no sea necesario dicho acto; con más claridad: cuando éste exista, es indudable que la forma se extingue, y es más, entendemos que es necesario, conforme á la letra y al espíritu del precepto legal. Ya hemos expuesto que éste procede de Códigos extranjeros, los cuales hablan literalmente como el nuestro, y algunos, Méjico (art. 1.558) y Guatemala (1.303), aún más claro, pues expresan que el modo de usar la servidumbre puede prescribirse en el tiempo y de la misma manera que la servidumbre.

Pero, preguntamos: ¿no debiera bastar, respecto de la prescripción que estudiamos, el mero uso de determinada forma por el dueño del predio dominante, sin necesidad de acto contrario á la servidumbre por el dueño del sirviente? Mostramos nuestra preferencia por esta opinión. En la prescripción del derecho, en las servidumbres continuas exígese acto obstativo, porque suponiéndose continuo su ejercicio, es necesario interrumpirlo, y esto sólo puede hacerse por un acto contrario á él; en la prescripción de la forma, en aquéllas que ofrezcan ésta, no hay para qué hacer constar la interrupción del ejercicio, y, antes al contrario, aquí requiere la vida de la servidumbre; luego el acto obstativo, c objeto único es probar la interrupción del ejercicio de la s dumbre, es inútil cuando no hay que verificar tal interrupci

Claro es que si, por ejemplo, existe una servidumbre de no edificar ó no alzar (efecto de la de vistas), de no construir en determinada forma, y el dueño del predio sirviente alza ó construye parcialmente sin anular por completo la servidumbre, estableciendo consiguientemente una modalidad determinada en su ejercicio, y el del dominante la consiente durante el tiempo legal, se habrá extinguido la modalidad ó forma á que tuviere derecho, debiendo respetar la establecida por el uso. Pero si el que goza de la servidumbre de vistas, en vez de cuatro huecos á que, por ejemplo, tuviere derecho, abre sólo dos; en la de vertiente de tejados ó desagüe, en vez de dos conductos, establece sólo uno, y la ejerce así durante veinte años, ¿no sería lícito hablar de prescripción de la forma? Ésta la crea, la establece, el dueño del predio dominante, ó al menos á él le corresponde establecerla; por tanto, en lo relativo á ella hay que atender principalmente á sus hechos. Es más: de no aceptar este criterio, se infringe el principio jurídico de que «nadie puede ir contra sus propios actos», en cuanto que habiéndose creado una determinada forma ó modalidad de la servidumbre por los actos del dueño dominante, si éste manifiesta que es necesario el acto obstativo, niega valor á los suyos, infringiéndose por derivación el citado principio. Y no se diga que en este supuesto habrá que admitir también la supresión del acto obstativo en cuanto á la prescripción del derecho, porque ya hemos asentado que es distinto este caso de el de la prescripción de la forma. Como el ejercicio en las servidumbres continuas es inmaterial, intangible, es menester un acto físico que rompa idealmente ese ejercicio; la forma, por el contrario, es material y visible, y por consiguiente, no es de necesidad acto alguno; y no habiendo identidad de razón, no debe haber tampoco identidad de derecho.

Para concluir, dentro de las continuas hay que sentar una distinción: no siendo posible hablar de forma propiamente tal en las servidumbres negativas, continuas por excelencia, porque no se exteriorizan materialmente, por no ser aparentes (alzar ó no edificar considerándola aisladamente ó con independencia de istas, no construir ó plantar á determinada distancia de ificaciones ó en determinados sitios), aquí sí será nece- un acto creador de un estado de derecho determinado; contrario, en las aparentes, en las que existe forma (acue-

ducto, estribo de presa, vertiente de tejados), como quiera que la crea ó establece el que goza de la servidumbre, parece lógico y racional afirmar que la voluntad de aquél, reflejada por sus actos, sea la ley reguladora de la conservación ó pérdida de la forma. En las no aparentes, la forma, la concreción de la servidumbre, nace con el acto obstativo del dueño del predio sirviente; por eso hay que empezar á contar desde este momento lo relativo á la forma. En las aparentes, ésta, el modo, se crea por el dueño del predio dominante, y por esto, no parece aventurado hacer depender de sus actos la extinción de la forma.

Referente también al no uso ó á la prescripción como modo extintivo de la servidumbre, inserta el Código un precepto particular, tomado de las Partidas, aplicable al caso de que el predio dominante pertenezca comunalmente, ó sea proindiviso, á varias personas.

En este caso—dice el art. 548, que es al que aludimos—que el uso (el ejercicio) de la servidumbre, hecho por uno de los comuneros, impide la prescripción respecto de los demás.

La disposición es justa, arranca de la esencia de la comunidad, aunque por esto mismo no fuera indispensable su inserción. No ha sido inútil, sin embargo, consignarla para evitar controversias, y sobre todo esas enfermedades jurídico-económicas que reciben el nombre de pleitos.

Característica de la comunidad es, como dijimos al estudiar ésta, la indivisibilidad del derecho, la solidaridad, puesto que el derecho de cada persona, de cada comunero, no recae sobre una parte determinada de la cosa, sino sobre la totalidad ó integridad de ésta (pro-sólido). Consecuencia de esto es, por tanto, que el ejercicio por un solo comunero de los derechos existentes sobre la cosa ó á favor de ella (servidumbres), aproveche á los demás, porque el ejercicio de uno equivale al de todos. Este es principio fundamental de la solidaridad, y se ve ostensiblemente en las obligaciones solidarias, demostrándolo el art. 1.141, declarativo de que cada acreedor solidario puede hacer lo que sea útil á los demás, no lo perjudicial.

En virtud, pues, del precepto del art. 548, bastará, para el mantenimiento de la servidumbre, el que uno solo de los comuneros ejercite el uso en que consista (paso, saca ó conducción aguas, vistas) ó proteste y se oponga al acto contrario á la ser

dumbre. El precepto, repetimos, es una secuela, una consecuencia de la doctrina de la comunidad, á que procede referirse, para compenetrarse del espíritu de aquél.

Prueba de las consideraciones expuestas es que son aplicables, no sólo á la prescripción, sino á otros modos distintos de la servidumbre. En todo lo beneficioso á la comunidad, los actos de un comunero favorecen á los demás; en lo no útil no les perjudican, es menester la concurrencia de todos. Para la imposición de una servidumbre sobre un fundo indiviso, es necesario (artículo 597) el consentimiento de todos los partícipes; por el contrario, no se extinguirá una servidumbre establecida á favor de una comunidad aunque uno de ellos otorgue la redención de la servidumbre con el dueño del predio gravado ó renuncie á ella. Para el ejercicio de los derechos derivados de la comunidad, para el disfrute de la cosa común, es necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes; luego también para los derechos inherentes á ella, como las servidumbres.

Aparte de la razón filosófica, existe la doctrinal. En sentencia de 28 de Mayo de 1873 consta la doctrina de que hemos hecho mención. «El derecho de servidumbre sólo se pierde por tiempo ó por renuncia ó transmisión del mismo por su legítimo dueño, no bastando, á tenor de la ley 17 del tít. XXXI, Partida 3.ª, que la quite uno solo, si fuesen muchos los dueños.»

«Si el señor de la cosa á que se debía la servidumbre y que se hallaba ausente, no consta hubiese prestado su consentimiento expreso para quitarlas, sino que éste fué prestado por un intruso en la herencia á la que aquélla pertenecía, ausente el verdadero dueño, es claro que sin poder ó consentimiento expreso de éste no puede suponerse haber sido quitada.»

«Aunque el intruso hubiese sido un coheredero á quien no fué adjudicada, no pudo quitarla á nombre de los demás coherederos, no siéndole permitido renunciarla sino por el consentimiento expreso de éstos, puesto que este derecho pertenecía á todos y cada uno de los coherederos, hallándose la cosa *proindiviso*.»

El caso resuelto por esta sentencia concierne á la *proindivisión* comunidad hereditaria, pero innecesario es decir que la doctrina contenida en ella es extensiva á la comunidad en general, que el origen ó fuente de ésta no influye en su naturaleza.

* * *

Anudando ahora el estudio del art. 546, interrumpido porque la analogía de las materias propias del caso 2.° y del art. 547 imponía estudiarlas de consuno, examinemos el tercer modo extintivo de las servidumbres, consignado por el Código.

3.° *Estado de los predios que imposibilite el ejercicio de la servidumbre.*—Modo de extinguirse la servidumbre conforme al número 3.° del art. 546.

Cuando los predios vengan á un estado que no pueda usarse de la servidumbre, esto es, ejercitar el uso ó prohibir el uso en que aquélla consista, se extinguirá, por no ser posible ejercitarla materialmente. Pero este modo es eventual en cuanto que la servidumbre revive si con posterioridad el estado de los predios permite de nuevo su ejercicio, á no ser que durante este tiempo haya prescrito, con sujeción al núm. 2.° del mismo art. 546.

Las palabras del artículo y la sana razón indican cuándo es de aplicación el precepto; es á saber: en el caso de que los predios ó uno de ellos, según la servidumbre, llegue á un estado que impida en *absoluto* el ejercicio de la misma. La destrucción de la presa (predio dominante) llevará consigo la pérdida de la servidumbre, pero no si subsiste en parte y se puede utilizar para su objeto. La sequía completa de la fuente, del pozo, determinará la extinción de la servidumbre de saca de agua y de abrevadero; no así si sólo disminuye el caudal del agua. Igual en el caso de que se agote el agua existente en finca propia, en la servidumbre de acueducto, y aun en el de que éste se destruya totalmente. Dedúcese de aquí que lo que determina la suspensión de la servidumbre es la imposibilidad física de ejercerla, sea por el estado de los predios, sea por la desaparición del objeto de la servidumbre. Pero la no posibilidad del uso puede ofrecerse también sin que se altere, propiamente tal, el estado de los predios; así sucede en el caso de secarse la fuente, pozo, manantial, etc. Los predios no sufren alteración material, pero se suspende el ejercicio de la servidumbre por imposibilidad física, por fuerza mayor insuperable. Ahora bien: como la imposibilidad es la que determina forzosamente la pérdida de la servidumbre, parece lógico comprenderla dentro del número del art. 546, que estudiamos, sea ó no dé á la modificación del estado de los predios.

Cesará la servidumbre de paso si el predio sirviente experimenta tal alteración que no permita en modo alguno el ejer

de la servidumbre: como si se inunda, se destruye por un terremoto ú otra causa semejante. Sin embargo, para ello es menester que venga á tal estado—como dice el Código—que no pueda usarse de la servidumbre, porque siendo posible el uso, aunque en distinta forma, no existe la interrupción á que se refiere el artículo 546 en su inciso 3.°

La servidumbre de paso, como indica su nombre, es el derecho de pasar por el fundo ajeno, y mientras no esté limitado el paso á una parte determinada de él, hay el derecho de exigirlo por cualquiera de ellas. Si varía el cauce de un río y el nuevo va por donde antes estaba la vereda, si la corriente se divide en brazos y deja aislada una heredad ó parte de ella donde estaba el paso, es claro que éste podrá obtenerse por otro lado de la finca gravada. En estos casos, á pesar del cambio operado en el predio, éste conserva su individualidad, por decirlo así, y por eso no hay, en nuestro entender, ni aun interrupción en el ejercicio de la servidumbre. Lo repetimos: la imposibilidad tiene que ser total y absoluta; entre tanto no suceda así, como hay posibilidad, será aplicable el modo de la renuncia tácita ó el no uso, pero no el que nos ocupa.

La servidumbre de luces y vistas y la de vertiente de tejados, propiamente tales, pueden presentar ejemplos en los que es taxativamente aplicable el núm. 3.° del art. 546, tal vez los más típicos. Aludimos al caso en que por hecho fortuíto se destruya el edificio dominante ó se derribe voluntariamente por su dueño. En tal supuesto, cesa la servidumbre por imposibilidad de ejercerla, puesto que falta (tratándose de una servidumbre de las llamadas reales) uno de los dos términos necesarios: el predio dominante (edificio). Si éste se reedifica en tiempo, volverá á nacer la servidumbre: lo contrario sería tiránico, puesto que iría contra la libertad del dueño, sin contar que con respecto de alguno el derribo puede ser forzoso, en virtud de mandato de la autoridad municipal.

La destrucción voluntaria ó involuntaria del predio sirviente [illegible]oducirá el efecto de hacer cesar la servidumbre; las vistas [illegible]rán y las aguas verterán sobre el suelo ajeno, continuando, [illegible]nto, el ejercicio de ésta.

[illegible]os hablado hasta aquí de las servidumbres positivas ó [illegible]as, de las que consisten en un uso de la cosa; ¿será

aplicable á las negativas (no abrir huecos, construir ó plantar sino á determinada distancia) el precepto del núm. 3.° del repetido art. 546? Es indudable que si los predios ó uno de ellos (el que tiene los huecos, por ejemplo) se destruye, cesará aquella servidumbre específica; pero el derecho de servidumbre, la prohibición del uso continúa, es permanente. Y es que, como se trata de servidumbres que no consisten en un uso físico de la cosa, como no se usan materialmente, claro es que no se pueden extinguir por el no uso, que en el fondo es el elemento substancial del modo de extinción objeto de estudio. Así, si transcurridos más de veinte años se reedifica el edificio de los huecos (artículo 582) ó la construcción (art. 590), existirá igual prohibición porque ésta no se ha suspendido. La interrupción del ejercicio de una servidumbre se refiere, aunque sea repetir palabras, á las que se ejercen, á las que consisten en un uso material.

***

Indicado queda en varios lugares de este libro que el caso del núm. 3.° del art. 546 no envuelve, en realidad, un modo extintivo de la servidumbre, y sí sólo una suspensión de su ejercicio, un colapso jurídico. Prueba de ello, las palabras del mismo número, declarativas de que la servidumbre revivirá si el estado de los predios lo permite, á no ser que cuando esto suceda haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción.

Derivan de aquí dos consecuencias: primera, que es una cesación ó extinción condicional, ó sea dependiente de que el estado de los predios permita de nuevo el uso de la servidumbre; segunda, que es una especie del género prescripción ó no uso, puesto que cuando se extingue realmente la servidumbre es transcurrido el tiempo de veinte años sin usarla. Es, pues, el no uso, que toma como punto de partida el estado de los predios, ó, mejor dicho, la imposibilidad de ejercer la servidumbre. Pudiera, por tanto, incluirse en el núm. 2.° del artículo, añadiendo: «y respecto de las positivas (continuas y discontinuas) desde que por el estado de los predios fuere imposible su ejercicio.»

Poco importa la naturaleza de la causa que motiva la imposibilidad del ejercicio; la ley atiende al efecto. Exprésase con esto que es indiferente que el origen de la suspensión sea voluntar

ó involuntario (fortuíto), siempre que no dependa en el primer supuesto de la mala fe del dueño del predio sirviente, caso en el que procederá la indemnización correspondiente en virtud del precepto del art. 1.902.

4.° *Término ó cumplimiento de la condición.*—Este modo extintivo de las servidumbres exige el estudio de una cuestión previa: ¿pueden constituirse las servidumbres á término ó condicionalmente? El Derecho romano consignó una rotunda negativa. *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, vervigratia, quandiu volam, constitui possunt...* Las servidumbres por derecho no pueden constituirse por tiempo, ni hasta cierto tiempo, ni bajo condición, ni con cierta condición, por ejemplo: por el tiempo que se quiera... *Digesto, lib. VIII, tit. I, ley 4.ª* Y en la *28* del *tit. II* del mismo libro, dice que las servidumbres deben tener causa perpetua... *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent...*

Las Partidas nada dijeron acerca de este particular, y no todos los autores del Derecho antiguo lo mencionan. Muchos Códigos modernos (francés, belga, italiano y portugués) guardan también silencio respecto de este punto, de que hablan, por el contrario, los de Guatemala y Méjico, núm. 5.° de los artículos 1.302 y 1.157 respectivamente, los cuales declaran que las servidumbres voluntarias se extinguen «cuando, constituídas en virtud de un derecho revocable, vence el plazo, se cumple la condición ó sobreviene la circunstancia que debe poner término á aquél».

Pacifici-Mazzoni distingue las servidumbres prediales ó reales de las personales; aquéllas, á diferencia de éstas que son esencialmente temporales, son perpetuas, porque—dice—son cualidades inherentes al derecho del propietario, que es perpetuo; pero es—añade—un carácter natural, no esencial, tanto, que puede pactarse entre los contratantes, ó concederse por un testador temporalmente, y el derecho natural no exige la causa perpetua, necesaria en el romano.

mano afirma como atributo de la servidumbre la irrevo-
ad como equivalente á la perpetuidad. Sus razonamientos
gran fuerza jurídica y los expondremos en síntesis.

enajenación de una cosa es la renuncia definitiva á la pro-
de la cosa misma; la enajenación de un solo uso de la

cosa debe ser también renuncia definitiva, pérdida del uso enajenado. Si la enajenación es temporal habrá otro derecho, pero no un derecho real.

De aquí infiere que la institución de una servidumbre á término no es una verdadera servidumbre, y así como la transmisión temporal de todos los usos y frutos de la cosa constituye un arrendamiento, ó un derecho de usufructo, así también la transmisión de un solo uso de la cosa no es servidumbre, sino un contrato innominado. La servidumbre, como derecho real, lleva consigo la idea del dominio, ó sea la de un uso de la cosa, y del poder correspondiente de disponer *(abuso)*. Por tanto, no hay *abuso entero,* y no habiéndolo no puede existir servidumbre, que por su naturaleza es perpetua, como lo es la propiedad, de la que constituye una fracción.

Más adelante, en el mismo lugar de su obra (tomo I, tít. II, capítulo I, § 3.°), manifiesta que así como puede establecerse un goce temporal de la propiedad, puede concederse también el goce temporal de la servidumbre, fracción de aquélla, en cuyo sentido deben admitirse las servidumbres á término, pero sin otorgarlas esta denominación, y sí la de arrendamiento, que se aplica á la concesión á término de la propiedad, por ser un derecho personal y no real.

Como se ve, esta cuestión es de nombre, y es así porque se enlaza con la general del concepto de la servidumbre, tratada en su lugar oportuno. Suprimida la palabra servidumbre y empleada la de uso, se desvanece la imagen de la duda, porque el uso determinado de una cosa puede ser concedido á perpetuidad ó temporalmente, y así lo reconoce Germano. Es más: si la servidumbre afirmativa consiste en un uso de la cosa, como dice con notabilísimo acierto tal autor, si el uso específico es la substancia del derecho de servidumbre, y el uso—por confesión del mismo—puede otorgarse perpetua ó temporalmente, no parece impropio hablar de servidumbres perpetuas y temporales. Cierto que la servidumbre es una fracción del derecho de propiedad, pero es una fracción de naturaleza especial, consistente en un uso de cosa, y, por tanto, con los requisitos ó caracteres de éste, y uso puede ser temporal, lógico es deducir que las servidum que consisten en un uso puedan también serlo.

El examen de las principales servidumbres es elemen

prueba de tal opinión. Puede otorgarse á una persona el derecho de conducir las aguas por un predio, mientras se construya un acueducto ó cañería por otro sitio, el de dar paso, hasta que se establezca una vía por otro fundo; en la servidumbre de paso, el artículo 569 impone la de pasar materiales por predio ajeno ó colocar en él andamios para construir ó reparar algún edificio, usos temporales; y lo mismo decimos de la de luces ó vistas, y aun más ostensible se presenta el caso en la de vertiente de tejados y desagüe, que se pueden conceder hasta que el dueño del predio dominante construya otras obras para dar salida á las aguas.

El mismo Germane califica al usufructo de propiedad provisional ó temporal, y en realidad así es, porque el usufructuario tiene los derechos del propietario en cuanto al goce y disfrute de la cosa, salvo la obligación de conservar la substancia de ésta. Luego si no es erróneo, desde este punto de vista, hablar de temporalidad respecto á la propiedad, tampoco lo será con relación á la servidumbre; si es lícito con referencia al todo, ha de serlo relativamente á la parte.

Cualquiera que sea el criterio científico acerca de la perpetuidad ó temporalidad de las servidumbres, el derecho positivo, el Código, admite estas distinciones. Una vez aceptadas, es procedente la disposición del núm. 4.° del art. 546, porque el vencimiento del término, la llegada del día ó el cumplimiento de la condición, determina, lo mismo que en las obligaciones, la resolución ó pérdida del derecho adquirido.

5.° *Renuncia del dueño del predio dominante.*—Este precepto no necesita explicación: todos los derechos son renunciables, á tenor del inciso 2.° del art. 4.° del Código, y en su consecuencia el de servidumbre.

Puede renunciar un derecho la persona á quien le pertenece; por tanto, la servidumbre sólo aquel que sea dueño de ella; la persona en cuyo favor se estableció, ó la adquirió por prescripción, ó su derechohabiente.

[illegible]ndose de renuncia ocurre en seguida hablar de la expresa [illegible]ícita. ¿Cabe esta distinción con referencia al derecho de [illegible]umbre? Dudosamente puede admitirse, porque los actos [illegible]ño dominante, expresivos de la renuncia, signos de ella, [illegible]en sí valor para extinguir la servidumbre, sino que,

en nuestro entender, deben estimarse como el punto inicial, el elemento generador del no uso. Si una persona que tiene derecho de vistas sobre un fundo, ó la servidumbre de acueducto, ó la de vertiente de tejados, cierra ó tapia los huecos, inutiliza el acueducto en parte, ó no se sirve de él, ó construye otra tubería para las aguas pluviales, ó permite al dueño ó poseedor del fundo gravado la ejecución de una obra que impida el ejercicio de la servidumbre, indica con tales actos que no quiere ejercerla: arguye al parecer una renuncia tácita de ésta; pero parécenos que no tienen los actos referidos por sí solos la fuerza suficiente para destruir la servidumbre: hay que acudir al no uso. Sirven únicamente como punto de partida. Si á contar desde tal instante no se usa de la servidumbre por veinte años, morirá legalmente; hasta entonces, no, porque puede el dueño del predio dominante usar de nuevo de ella.

A más de esta consideración de fondo, existe otra de carácter formal en pro de la no validez de la renuncia tácita. No ya la ley hipotecaria para los efectos contra tercero, sino el Código civil con relación á la eficacia de los contratos, dispone en el núm. 1.° de su art. 1.280 que deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó *extinción* de derechos reales sobre bienes inmuebles. La servidumbre es un derecho real, luego su extinción por renuncia deberá constar en documento público, lo que le otorga ya la cualidad de expresa.

Este modo es aplicable también á las servidumbres denominadas personales, aunque el Código hable de renuncia del dueño del predio dominante, por el principio de que todo derecho es renunciable, siendo pertinente asimismo lo dicho acerca de la clase y forma de la renuncia.

6.° *Redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.*—A más de la cesión de servidumbres á título gratuíto, ó sea la renuncia, cabe la cesión á título oneroso, la enajenación de la servidumbre mediante precio ó dación en pago, la compra: en una palabra, la redención, en cuanto la servidum es una carga del predio sirviente.

Esta redención es la *convencional,* producto de la volunt aplicable igualmente á las servidumbres reales y á las person (hablamos en el derecho positivo); el Código establece adem-

redención legal ó forzosa (artículos 603 y 604) respecto de las servidumbres de pastos y leñas.

***

Los modos de extinguirse las servidumbres, expresados en el artículo 546, son los generales; además existen algunos privativos de determinadas servidumbres. Tales son: *a*) respecto de la servidumbre de paso (art. 568 del Código), la no necesidad de este último por reunir el dueño del predio dominante su fundo á otro contiguo á camino público; *b*) tocante á la de pastos (art. 603), la redención mediante el pago de su valor; *c*) y por lo que atañe á la de acueducto, los modos extintivos determinados en el art. 100 de la ley de Aguas, que expondremos en su lugar.

Los modos de extinción, determinados en el art. 546, ¿son aplicables únicamente á las servidumbres voluntarias, ó extensivos á las legales? Tales modos se contienen en una sección correspondiente al capítulo de las servidumbres en general; luego de aquí cabe deducir un criterio expansivo, ó sea el de que rigen los preceptos del art. 546, respecto de las servidumbres, voluntarias y legales. Mas esta razón de plan, de mera forma, no puede servir para convencer; hay que acudir á otras, y ante todo, conviene distinguir las legales de utilidad pública de las de interés privado.

Comencemos por aquéllas y estudiémoslas en general, con relación á cada uno de los modos.

La *consolidación* es aplicable, porque el Estado, la Provincia ó el Municipio pueden adquirir la propiedad del fundo sirviente (predio gravado con la servidumbre de acueducto, paso, desagüe), y aun pudiera comprenderse en este caso el de la expropiación forzosa de dicho predio para otro efecto distinto del inherente á la servidumbre, por ejemplo, ensanche ó mejora de una población.

No es tan fácil resolver respecto *del no uso*. Conforme al párrafo primero del art. 1.932, parece poderse afirmar que es aplipuesto que dice que los derechos y acciones se extinguen a prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso aridicas. Corrobora esta manera de pensar el art. 100 de la a Aguas, ya citado, referente á la servidumbre de acueducto,

según el cual, ésta se extingue, entre otros modos, por consolidación y por el no uso durante veinte años. El precepto no distingue, y sabido es que, conforme al art. 75 de la misma ley de Aguas, dicha servidumbre puede imponerse para el servicio público.

No obstante estas razones, nos inclinamos á la opinión contraria. Las servidumbres legales de interés público dijimos ya en el comentario del art. 533, que su ejercicio cabe reputarlo permanente, y por tanto, como usándose siempre la servidumbre. Esto en cuanto á las positivas; tocante á las negativas, consistiendo en una prohibición en interés social, tampoco, en nuestro sentir, puede prevalecer acto alguno contra ellas.

El *modo tercero* es también aplicable á las servidumbres legales de utilidad pública: de un lado, cuando el estado de los predios reconozca por origen una causa natural, por ser ésta extraña y superior á la voluntad particular y á la colectiva, ó sea la ley; de otro lado, cuando es voluntaria, porque el efecto es el mismo, aunque la causa sea diferente.

No ofrece duda alguna la aplicación del modo 4.°, *vencimiento del día ó realizarse la condición*, prescindiendo de si la perpetuidad es característica de las servidumbres, porque esto no afecta á su naturaleza, al fin particular ó social de las mismas. La ley de Aguas habla—y lo citamos como ejemplo—de la servidumbre temporal de acueducto; y en la amplísima, y por eso no menos pura acepción de la servidumbre como un uso de la cosa, pudieran citarse las ocupaciones temporales en el caso de la expropiación forzosa.

La renuncia del dueño del predio dominante es el modo contenido en el núm. 5.° Tampoco suscita duda: si el Estado, la provincia ó el Municipio tiene á su favor una servidumbre y renuncia á ella con las formalidades que la ley exige, claro es que quedará extinguida.

Lo mismo decimos de la *redención*. Puede redimirse una servidumbre mediante el acuerdo del dueño del predio gravado con la entidad que goce de la servidumbre.

Veamos las legales de interés privado, que son las expl.. en el Código. Antes de examinar los varios modos, interesa embargo, sentar algunas consideraciones, que han de facilit estudio de la cuestión. Sabido es que las servidumbres, en c..

al derecho, esto es, respecto de su contenido, se clasifican (artículo 553) en positivas y negativas, según que consistan respectivamente en hacer algo en un predio (uso determinado de la substancia de éste) ó en la prohibición de hacer algo (prohibición de un uso de la substancia de la cosa). Pues bien: esta dualidad de fondo ó contenido de las servidumbres se manifiesta igualmente en las servidumbres voluntarias que en las legales de interés privado, en cuanto se refiere á su esencia, y determina, respecto de éstas, consecuencias importantes en lo relativo á su extinción.

En las servidumbres legales positivas (estribo de presa, acueducto, parada, paso y desagüe), la ley concede á una persona el derecho de establecer un uso específico sobre la cosa ajena; es un derecho inmanente, digámoslo así, pero la servidumbre no nace mientras no se concreta ó individualiza ese derecho, mientras no se establece el uso. Ahora bien: se puede extinguir lo que existe; lo que no existe, no, y por esto, no cabe hablar de extinción de servidumbre (en las legales de interés privado) hasta que la servidumbre se haya establecido. Sucede exactamente lo que en las hipotecas legales. Las personas á cuyo favor establece la ley Hipotecaria las hipotecas legales, tienen el derecho de exigir la constitución de la hipoteca; mas ésta no existe, como es natural, hasta que se constituye. Por el contrario, volviendo á las servidumbres legales de utilidad privada, en las negativas (no edificar ó plantar á determinada distancia) la servidumbre va unida á la declaración legal; nace, *ipso facto,* en virtud de ésta, no hay que constituirlas, y podrán ser extinguidas, si les alcanzan los modos contenidos en el art. 546.

En las servidumbres legales privadas, positivas, existe el derecho de exigir un uso determinado del fundo ajeno, pero la determinación material del uso queda á la voluntad de las partes. Éstas han de acordar dónde y cómo ha de establecerse el estribo de presa, por dónde ha de ir el acueducto ó el camino y la extensión de éste. Sácase de aquí la consecuencia de que, si bien la ley otorga el derecho á la servidumbre, y en este sentido es legal, su determinación, su concreción, depende de la ...ad de las partes, y desde este punto de vista, la servi...e misma es voluntaria.

...minemos las positivas. Es tan evidente la pertinencia de ...*lación*, que la pasamos por alto.

El no uso es también aplicable, pero no hay que olvidar lo dicho. Lo que se extinguirá será la servidumbre específica, no el derecho genérico de servidumbre. Por el no uso se extinguirá una servidumbre de paso ó de acueducto existente en la forma establecida, pero no el derecho de pasar por otro sitio ó establecer otro acueducto. La ley concede el derecho, y éste permanece siempre vivo: lo que se pierde es la modalidad del derecho, la forma en que se presenta, la unidad-servidumbre, y por eso conceptuamos de perfecta aplicación á las servidumbres legales de interés particular el precepto del art. 547, el cual distingue entre la forma de la servidumbre y ésta misma. Y no se alegue que nos contradecimos con lo manifestado respecto de las servidumbres legales de utilidad pública, en el caso de la servidumbre de la zona militar, porque ésta es negativa (no edificar), y con relación á ella, sí se extingue el *derecho á la* servidumbre.

El estado de los predios que imposibilita el ejercicio de las servidumbres es extensivo indudablemente á las legales, porque si no permiten la práctica del uso en que consiste, muere naturalmente aquélla.

De la llegada del día ó del cumplimiento de la condición tampoco hay que ocuparse.

Importante, en cambio, es *la renuncia,* porque en ella se confirma la razón de la diferencia establecida entre las servidumbres positivas y negativas, y por consiguiente, la veracidad de nuestras afirmaciones. En nuestro entender, no cabe renunciar el *derecho á establecer* el estribo de presa, el acueducto, la parada ó el partidor, el pozo ó el desagüe, porque sería una renuncia indeterminada y contra ley, sino la renuncia á una servidumbre de las mencionadas ya existente, ya establecida. La renuncia se refiere á un derecho efectivo y concreto, á un derecho vivo, no al que está por nacer.

Esto indican los artículos del Código que hablan de renuncia; el 151 y el 816. No es renunciable el derecho á los alimentos—dice el primero—pero sí las pensiones atrasadas. El derecho á exigir alimentos, el derecho para lo futuro, no es lícito renunciarlo; sí está permitida la renuncia de las pensiones, las cu constituyen un derecho determinado, y por lo mismo no imp en manera alguna la del derecho á los alimentos, los cuale podrán exigir en lo sucesivo. También prohibe el art. 816 la

nuncia de la legítima futura, y es que, repetimos, la renuncia implica un derecho cierto. La servidumbre legal positiva supone el derecho á establecer una servidumbre, pero mientras no se establezca, no es dable renunciarla. Se renuncia algo: la nada no es renunciable ni irrenunciable.

Esto por un lado: de otro, débese distinguir entre el derecho á establecer una servidumbre y la servidumbre establecida. Aquél como consagrado por la ley, en virtud de razones de necesidad de los predios, tiene un carácter social y no es renunciable; la servidumbre constituída, como producto de la convención de la voluntad, según hemos dicho, es renunciable. La ley otorga el derecho de establecer servidumbres, pero éstas no existen mientras no se experimente su necesidad; entonces las partes acuerdan la forma de establecerla, y esto determina la unidad-servidumbre, la cual conceptuamos renunciable y susceptible de extinción en general, no el derecho consignado en la ley, que lo consideramos irrenunciable, imprescriptible é inalienable. Depurando la materia, aún pudiera afirmarse que lo que cabe renunciar es la forma de la servidumbre, de que habla el art. 547 con referencia á la prescripción. Se puede renunciar á la forma en que se ha pactado la servidumbre, pero podrá exigirse la constitución de una servidumbre análoga, siempre que se presente igual necesidad. En ésta se funda el precepto legal, y la necesidad no se puede renunciar ni perder por modo alguno.

La *redención* corrobora y ratifica asimismo nuestro juicio. Mientras no se haya constituído una servidumbre, ¿cómo se va á redimir? Se redime una servidumbre existente, no la que está por establecerse. Falta el objeto cierto para la redención.

Estudiemos las negativas. Redúcense éstas (sin investigar aquí si son ó no propiamente servidumbres), á las de no abrir ventanas, sino á distancia determinada (art. 582), á la de no verter las aguas pluviales sobre el fundo ajeno (art. 586) y á las de verificar determinadas construcciones y plantaciones á las distancias establecidas por la ley (artículos 590 y 591).

Es innecesario detenerse en *la consolidación ó confusión:* su] ncia es ostensible.

no uso alcanza, en nuestro entender, á las negativas. Si (ño del predio sirviente, el que no puede abrir huecos en su (ni construir ó plantar á la distancia fijada por la ley,

los abre, construye ó planta contra esta prohibición y mantiene tal estado durante veinte años, habrá prescripto respecto de él la servidumbre en la forma determinada por la apertura de los huecos, la construcción ó la plantación, porque cada uno de éstos implicará el acto contrario á la servidumbre de que habla el párrafo segundo del núm. 2.° del art. 546.

El *estado de los predios* obstativo del ejercicio es aplicable á toda servidumbre, porque si materialmente no se puede ejercer ésta, es inconcuso que se extinguirá por imposibilidad absoluta, como es la impuesta por la naturaleza.

El modo tercero (*dia ó condición*) es aplicable; pero hay que hacer una observación. Cuando esto suceda será porque se haya establecido así por las partes interesadas, porque el derecho de servidumbre en las legales es, por regla general, permanente, y sólo por voluntad particular podrá señalársele un tiempo de ejercicio.

En *la renuncia* y en *la redención* es donde radica la diferencia entre las servidumbres positivas y las negativas. En las primeras, la renuncia y la redención se refieren á la servidumbre existente, y no determinan la extinción del derecho á la servidumbre de que se trate, es decir, extinguida la servidumbre constituída, puédese, sin embargo, establecer otra; en las segundas, la redención y la renuncia llevan adjuntas la extinción del derecho de servidumbre; no pueden establecerse más.

Se objetará: es que si todas las servidumbres legales son, como este adjetivo indica, establecidas por la ley, ¿cómo unas, las positivas, se consideran irrenunciables, y otras, las negativas, renunciables? La razón de esta diferencia la hallamos, según se ha expuesto, en la diferente naturaleza de unas y otras. Las positivas obedecen al principio de la *necesidad*, y siempre que ésta se presente, el derecho á la servidumbre existirá; lo que se renuncia ó pierde, repetimos una vez más, es la servidumbre constituída; por tanto, el legislador las establece en beneficio general, y no se pueden renunciar. Las negativas son de *mera utilidad*, de verdadero interés privado, como que consisten en la prohibición de un uso en pro de ciertos fundos, y como esto sólo es útil y no dispensable, el propietario de la finca puede renunciar á la servidumbre. El dueño de un terreno enclavado entre otros no puede renunciar al derecho á pasar por éstos hasta llegar á un cami

público, porque el paso le es absolutamente necesario, y tal renuncia iría contra el sentido jurídico y contra el común; pero no se ve la imposibilidad de la renuncia del derecho á que no se abran huecos, se construya ó plante á determinada distancia. Estas restricciones son de mero interés privado; los gravámenes que suponen las servidumbres positivas tienen cierto carácter social, en cuanto su origen es la necesidad, y el legislador las impone por ser indispensables para el disfrute regular de la propiedad, en lo que está interesada la colectividad.

Tal es el ligero estudio de este particular referente á la adaptación de los modos de extinguirse las servidumbres á las legales. De él se infiere que son adaptables á ellas con las diferencias determinadas por la especial naturaleza de las positivas y de las negativas.

CAPÍTULO II

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

El Código español reconoce dos orígenes únicos de las servidumbres: la ley y la voluntad. Con arreglo á este principio desenvuelve la doctrina de las servidumbres, tratando en un capítulo de las legales y en otro de las voluntarias.

Decimos dos orígenes únicos, porque los Códigos belga y francés, además de las servidumbres establecidas por la ley ó por el hecho del hombre, hablan de las que derivan de la situación de los lugares; el portugués trata en una misma sección de las servidumbres constituídas por la naturaleza de la cosa ó por la ley; y los de Guatemala y Méjico, si bien admiten sólo como fuentes de la servidumbre la ley y la voluntad, derivan las legales de la situación de las fincas; pues dicen (artículos 1.201 y 1.056 respectivamente), que servidumbre legal es la que existe sin necesidad de convenio ni prescripción, y que como consecuencia natural de la respectiva posición de los predios, reconoce la ley, ya en utilidad pública ó comunal, ya en beneficio de los particulares.

Este punto de las clases de servidumbre supone cuestión científica previa, la de si lo son ó no las d minadas naturales, que examinaremos en lugar opc

no, y ya anticipamos nuestro criterio, favorable al Código, en la sección correspondiente á las diferentes clases de servidumbres. Ahora basta consignar que la ley civil fundamental española comprende á las naturales entre las legales, por cuanto solo habla de éstas.

Dada la estructura del derecho de propiedad en nuestra época, el dueño puede gozar y disponer libremente de la cosa; pero esta libertad ha de subordinarse á las restricciones que la ley, representando el interés público ó privado, establece en pro de esos mismos intereses. La propiedad individual absoluta es imposible; el hombre, al vivir en sociedad, tiene que someterse á las condiciones que impongan los órganos representativos de aquélla para regular las relaciones de los individuos en los varios órdenes humanos, que no pueden quedar por su naturaleza á la libre determinación personal.

Esto sucede por excelencia en el orden económico; éste es el que rige y domina á los demás, porque el cumplimiento de cualquier fin humano exige necesariamente medios económicos ó materiales, y de aquí el perfecto derecho de la sociedad ó de sus órganos para intervenir en las relaciones dominicales, á fin de conseguir que todos los hombres, dentro de la forma que presenta ahora la propiedad, puedan normalmente gozar de ésta. La libertad económica absoluta es un absolutismo económico, porque, á semejanza del político, una persona es dueña, sin limitación, de una cosa (como el Rey lo era de la Nación), en detrimento del derecho de los demás.

La propiedad—dice el art. 348 del Código—es el derecho de gozar y disponer de una cosa, con las limi-

taciones establecidas en las leyes. Aquí se reconoce la facultad del legislador de limitar el derecho de propiedad; facultad, repetimos, justísima, siempre que sea por razón de interés general ó particular.

A estos principios obedecen las servidumbres legales; son restricciones impuestas al propietario por la ley en razón á la utilidad pública ó á la privada. Siempre que el interés general lo exija, se podrán imponer las convenientes restricciones al derecho de propiedad ó al que sea; entre el interés general y el particular, prevalecerá siempre aquél. Las necesidades inherentes á la navegación ó flotación de un río, abastecimiento de aguas de una población, defensa del territorio, vencerán por completo al beneficio ó interés privado. De aquí las servidumbres legales de utilidad pública.

Aun en lo que afecta exclusivamente á la esfera privada, hay casos en que determinadas prestaciones son convenientes, y en ocasiones tan necesarias, que la ley las establece con carácter forzoso, ante el temor de que una de las partes se niegue á crearlas voluntariamente. Por esto, las servidumbres legales de interés privado.

La ley, en ambos aspectos, desempeña el papel de árbitro ó regulador de las relaciones jurídicas entre los propietarios, sean éstos personas jurídicas de carácter público (Estado, provincia ó Municipio), sean particulares.

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales.

Nada más ingrato para consignar ideas que los epígrafes de sección como la presente. Su objeto es, como indica, exponer los preceptos comunes á las servidumbres legales, y así se ve en su articulado. Dícese en él (artículo 549) que las servidumbres legales tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares, afirmando así las dos clases de dichas servidumbres, las que obedecen á una razón de interés general y las que atienden solo á la utilidad particular.

Establecidas por el Código las clases de servidumbres, determina la sección (artículos 550 y 551) los preceptos legales por que se rigen. Las de utilidad pública (general, provincial ó comunal) se rigen primordialmente por las leyes ó reglamentos que las determinan, y en su defecto, por el Código. Todas se encuentran consignadas en disposiciones especiales, que el Código deja subsistentes, y por tanto, conservan todo su valor y eficacia legales.

Por el contrario, el Código se ocupa expresamente de las servidumbres legales en interés de los particulares, y en su consecuencia sus preceptos han de ser preferidos á los especiales, los cuales regirán supletoriamente.

El Código otorga á los particulares el derecho de modificar las servidumbres consignadas en interés), sin duda por la razón de que pueden los indivi- establecer las relaciones jurídicas que estimen enientes, siempre que no vayan contra ley y no

perjudiquen á quien no sea parte en el acto ó contrato creador de aquéllas.

ART. 549. Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares.

Concordancias.—Igual á los artículos 483 y 551 de los proyectos de Código de 1851 y 1882 respectivamente.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 550. Todo lo concerniente á las servidumbres establecidas para utilidad pública ó comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título.

Concordancias.—Igual al art. 552 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 551. Las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares, ó por causa de utilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana ó rural.

Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohiba la ley y no resulte perjuicio á tercero.

Concordancias.—Igual al art. 553 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 549, 550 Y 551.—Las servidumbres legales se bifurcan en dos grandes ramas, según su objeto: el de unas es la utilidad pública, el interés social; el de otras la utilidad privada, el interés de los particulares.

La distinción de utilidad pública y utilidad privada respecto de las servidumbres, deriva principalmente de la clase de bienes en consideración á los cuales se establece: si los bienes son de dominio público nacional y de uso público provincial ó municipal, la servidumbre será pública; si son de dominio privado, sean patrimoniales del Estado, de la provincia ó del Municipio, y pertenecientes á particulares (art. 345), la servidumbre será privada. Demuestran la exactitud de esta afirmación las servidumbres de uso público en interés general de la navegación, la flotación ó el salvamento, porque los bienes en cuya consideración se establecen, los ríos, son de uso público; y las de saca de agua y abrevadero á favor de una población ó caserío, carreteras, montes públicos, minas, zona marítimo-terrestre, zona militar y vías pecuarias, porque todos los bienes en consideración á los cuales se establece la servidumbre (población, carretera, monte, mina, ribera del mar y vía) son de dominio público.

Se observará que decimos *en consideración* á un fundo, por no expresar estas palabras un concepto tan próximo como el de beneficio, siendo pertinente recordar aquí lo dicho acerca de si algunas de estas servidumbres, como las de salvamento y abrevadero, son reales ó personales, porque si bien no se imponen directamente en pro de un predio, se establecen á favor de la colectividad para el mejor servicio de un bien, en una palabra: en consideración á éste.

También hemos dicho que el concepto de servidumbres públi-
va *principalmente* del dominio público de los bienes en
ón á los cuales se crea el gravamen, de donde se infiere
no siempre es así, es decir, que hay casos en que la servi-
re es pública sin tener este carácter el bien para el que se
impuesta. Y, en efecto, así es; ejemplo: servidumbre de

acueducto para servicio público, servidumbres de ferrocarriles. Aunque los bienes en cuyo pro se establece la servidumbre no son de dominio público, la servidumbre es pública porque se encuentra creada en beneficio de bienes que prestan servicio á la colectividad, en interés general.

Sea por una causa, sea por otra, la razón de las servidumbres públicas es la utilidad general ó pública, característica que las diferencia de las privadas.

Las servidumbres para la utilidad pública se rigen —conforme al art. 550—por las leyes y reglamentos especiales de ellas, y, defectivamente, por las disposiciones del título de servidumbres del Código.

La índole del comentario y la naturaleza de las de carácter público, indican como más conveniente un estudio meramente expositivo de ellas.

a) Aguas.—La ley especial ofrece varios ejemplos de servidumbres para la utilidad pública: acueducto para la conducción de aguas destinadas á algún servicio público (art. 75); abrevadero y saca de agua en favor de una población ó caserío (art. 107); camino de sirga (art. 112) y demás inherentes á los predios ribereños (artículos 120, 121, 122 y 123).

Como de las varias servidumbres se habla en el Código en la sección correspondiente, á ella nos referimos.

b) Carreteras.—Son éstas bienes de dominio y uso público, conforme al núm. 10 del art. 339 del Código y al 344 del mismo, pues están comprendidas dentro del concepto genérico de caminos.

Para que respondan á su objeto y no se dificulte la realización de éste, la ley establece diferentes prohibiciones constitutivas de otras tantas servidumbres. Son éstas las contenidas en el Reglamento para la conservación y policía de las carreteras de 19 de Enero de 1867, á saber: *a)* prohibición á los dueños de las tierras lindantes con el camino de impedir el libre curso de las aguas con zanjas, calzadas ó elevando el terreno (art. 3.°); *b)* prohibición de depositar materiales de construcción, tierras, abonos, mieses otro objeto cualquiera sobre el camino, colgar ó tender en (artículo 16); *c)* prohibición de construir á menor distancia de metros de la carretera edificios, corrales, alcantarillas ni otra ol que sobresalga del camino á las posesiones contiguas, presas,

tefactos ó cauces, sin la correspondiente licencia; hacer represas, pozos ó abrevaderos á distancia menor de 25 metros de la parte exterior de los puentes y alcantarillas y de las márgenes de los caminos, ni practicar calicatas ú otra operación minera á menos de 40 metros de la carretera (art. 32).

c) Minas.—La explotación de éstas origina servidumbres de utilidad pública y de utilidad privada, según el fundo en consideración al cual se establecen. El art. 12 de la ley especial de Minas de 6 de Julio de 1859 es prueba de ello. Preceptúa dicho artículo que no puede practicarse operación minera alguna á menor distancia de 40 metros de un edificio, camino de hierro, carretera, canal, fuente, abrevadero ú otra servidumbre pública, y 1.400 de los puntos fortificados, á no obtenerse la licencia correspondiente, bien de la autoridad militar, bien de la gubernativa, bien del dueño cuando se tratare de edificio de propiedad particular. Como vemos, la restricción ofrece un carácter público ó privado, mejor dicho, obedece á una razón de interés general ó particular, y, por tanto, la servidumbre será de utilidad pública ó de utilidad privada, según la clase de dominio de los bienes en cuyo pro se establezca. Adviértese, sin embargo, que las servidumbres mencionadas no son á favor de las minas, sino sobre las minas; las establecidas en pro de éstas son de interés privado, consistiendo en las obligaciones de facilitar la ventilación y el desagüe (art. 24 del decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868), consignadas ya en los artículos 44 y 55 de la ley de 6 de Julio de 1859.

d) Montes.—Ocurre respecto de éstos lo que con relación á las minas: hay servidumbres de utilidad pública (las establecidas en pro de montes públicos) y para la utilidad privada (las consignadas á favor de montes privados y servidumbres comunes á éstos y á los públicos).

Así se desprende de las Ordenanzas de Montes de 22 de Diciembre de 1833. En el tít. III, referente á la policía común á todos los montes, el art. 151 prohibe á los propietarios de heredacolindantes con un monte la corta de las ramas y raíces de árboles que estén en la linde del monte, aunque se extiendan e aquéllas, siempre que el árbol tenga más de treinta años, y ene menos edad, la corta no podrá hacerse á menos de 10 va- el tronco. Como esta disposición es común á todos los mon-

tes del reino, comprende lo mismo á los de propiedad particular que á los de pública, y, por tanto, la servidumbre es respectivamente de interés privado ó de interés general. El tít. IV concierne á la policía de los montes dependientes de la Dirección, que son también como de dominio privado (art. 345 del Código), ó ses los patrimoniales del Estado, de la provincia ó del Municipio ó de Corporaciones (universidades, hospicios, hospitales), y otros de uso público. Las servidumbres consisten en la prohibición sin licencia de ciertas construcciones á menos de determinada distancia, como son: hornos de cal, yeso, ladrillo ó tejas, choza, barraca, cobertizo, edificios, casa de labor, taller de labrar maderas, almacén para el comercio de ellas, sierra de maderas (artículos 154 á 160).

e) Ocupaciones temporales.—Admitidas por el Código las servidumbres temporales, cabe considerar también como tales las ocupaciones temporales para los objetos que expresa el art. 55 de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879 (hacer estudios ó practicar operaciones facultativas de corta duración para la formación de un proyecto ó replanteo de una obra, establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales ó extracción de éstos), el art. 62 del Reglamento de 10 de Marzo de 1881, especial para el ramo de Guerra (ejecución de obras de utilidad pública, reconocimientos, operaciones, reunir datos), y el 72 del mismo (extracción de materiales) y el Reglamento especial de Marina, de 19 de Febrero de 1891, artículos 64, 65 y 67, para los mismos objetos.

Estas varias ocupaciones consisten en un uso de la substancia de la cosa ajena, y desde este punto de vista son servidumbres.

f) Teléfonos.—La explotación de este moderno invento ha determinado el nacimiento de una nueva servidumbre de carácter público por su objeto.

El Real decreto de 2 de Enero de 1891 reorganizando la explotación del servicio telefónico, declara que éste se considerará *público* para los efectos de la expropiación, *servidumbres*, y cuant relacione con la propiedad particular.

En el comentario del art. 531 expusimos nuestra opir acerca de la clase de esta servidumbre, á cuyo artículo nos r rimos.

g) Zona de ferrocarriles.—Los caminos de hierro exigen, de igual modo que los caminos ordinarios, el establecimiento de determinadas restricciones que aseguren y faciliten la realización de su objeto.

El legislador así lo hubo de comprender y consignó en la ley las limitaciones y prohibiciones necesarias al servicio de los ferrocarriles, verdaderas servidumbres de carácter público, tanto por ser éste también el del servicio, como por manifestación expresa de la ley, pues el art. 7.° de la de 23 de Noviembre de 1877, confirmando el 3.° de la de 3 de Junio de 1855, declara que todas las líneas de ferrocarriles de servicio general son de dominio público, y serán consideradas como obra de utilidad pública, que lleva consigo la expropiación forzosa.

Las servidumbres en favor de los ferrocarriles son muchas é importantes. En primer término, son aplicables á ellos (art. 1.° de la ley de 29 de Noviembre de 1877) todas las servidumbres relativas á carreteras. Existen también las servidumbres referentes á la prohibición de ciertas construcciones á determinadas distancias: no construir en una zona de tres metros á uno y otro lado del ferrocarril fachadas con aberturas y salidas sobre el camino (art. 3.° ídem); no construir á menos distancia de 20 metros edificios cubiertos con cañizos ú otras materias inflamables (art. 4.° ídem); no construir represas, pozos y abrevaderos á menos distancia de 20 metros á uno y otro lado del ferrocarril (art. 4.°, Reglamento de 8 de Septiembre de 1878); no construir zanjas, calzadas y veredas, ó elevar el terreno impidiendo el curso de las aguas (art. 7.° ídem, núm. 1.°); establecer, sin licencia, dentro de la zona de 20 metros presas y artefactos, abrir cauces para la toma y conducción de aguas, construir edificios, muros, alcantarillas ú otras obras (art. 11 ídem).

En este mismo Reglamento de policía de los ferrocarriles (artículo 7.°, números 2.° y 3.°) se prohibe la corta de árboles en la zona de 20 metros á uno y otro lado de la vía, así como arrancar raíces y remover la tierra en los declives y terrenos contiguos á la vía que puedan impedir el transito. Por último, la ley de 23 de [illegible]embre de 1877 (art. 31, núm. 3.°), lo mismo que la de 3 de [illegible]e 1855 (art. 20, núm. 3.°), concede á las Empresas de ferro[illegible] de interés general la facultad de abrir canteras, recoger [illegible]uelta, construir hornos de cal, yeso y ladrillo, y establecer

talleres para elaborarlos en los terrenos contiguos á la línea, derechos constitutivos de servidumbres porque consisten en un uso de la substancia ajena (excepto la apropiación de la piedra), bien que el uso sea temporal, dado que el Código acepta la temporalidad en las servidumbres.

h) Zona marítimo-terrestre.—El *salvamento* de las personas y cosas es de interés general; de aquí la servidumbre consiguiente, extensiva á la *vigilancia del litoral* marítimo. Se encuentra establecida esta servidumbre en la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 (art. 7.°), y consisten respectivamente: la de salvamento en la obligación de permitir en los terrenos de propiedad privada colindantes con el mar, enclavados en la zona marítimo-terrestre y 20 metros más hacia el interior de la tierra, depositar restos, efectos y cargamento de los buques náufragos, varar los barcos pescadores cuando se vean obligados á ello por el estado del mar y depositar sus efectos mientras dure el temporal (art. 8.°); la de vigilancia en la obligación de dejar expedita una vía general de seis metros de anchura contigua á la línea de la mayor pleamar, ó á la que determinen las olas en los mayores temporales donde las mareas no sean sensibles, ó más de seis metros en los parajes de tránsito difícil ó peligroso, pero sin que exceda de lo estrictamente necesario.

i) Zona militar.—No hemos llegado al Estado-Humanidad. El Estado se encuentra aún encarnado en el organismo político-social de la Nación, formando así el Estado nacional. Existe, por lo tanto, la amenaza del hecho bárbaro de la guerra, y de aquí que la defensa del territorio nacional constituya hoy un objeto de utilidad pública por excelencia. Ante él cede el interés particular, y de aquí los preceptos encaminados á asegurar la defensa, prohibitivos de construir ó plantar cerca de las plazas fuertes ó fortalezas, con sujeción á lo que establece la legislación especial que estudiaremos en el comentario del art. 589.

j) Vía pecuaria.—El Código, en su art. 570, confirma la subsistencia de las servidumbres de paso para ganados que se comprenden en el concepto genérico de vías pecuarias, las cuales así como los abrevaderos y descansaderos, han sido declarad bienes de dominio público por el art. 13 del Real decreto de 13 Agosto de 1892, relativo á la Asociación general de Ganader

***

Como final de la doctrina referente á las servidumbres públicas cabe formular esta pregunta: ¿son verdaderas servidumbres? La respuesta afirmativa se impone en atención á las consideraciones expuestas al determinar el concepto de la servidumbre. Si ésta consiste en un uso de la cosa ajena ó en la prohibición al dueño de una cosa de un uso específico de ésta, habrá servidumbre siempre que exista tal uso ó tal prohibición. El origen de un derecho no afecta á la esencia de éste. La naturaleza jurídica de la prohibición de edificar ó plantar á menor distancia de la fijada por la ley en favor de un edificio de propiedad particular, es igual á la que se establece con relación á las plazas fuertes ó caminos de hierro; ambas consisten igualmente en la prohibición al dueño de una cosa del derecho de edificar, ó sea un uso de la substancia de la cosa. La diferencia entre uno y otro estriba en el objeto de la prohibición; en uno, la utilidad pública y en otro la privada. Y lo mismo en el caso de haber establecido convencionalmente la prohibición: el derecho es igual; lo diferente es su objeto ú origen.

De las servidumbres legales de utilidad pública, unas son positivas (uso de una cosa ajena) y otras negativas (prohibición de un uso de la cosa propia). Pertenecen á esta clase (carreteras, minas, montes, zona de ferrocarriles, marítimo-terrestre y militar) y á las primeras (aguas, uso público de las riberas de los ríos para el salvamento, navegación, flotación y pesca, camino de sirga, minas, desagües, ocupaciones temporales, teléfonos y vías pecuarias). (*Apéndice núm. 1.°*)

Servidumbres legales de interés privado.—Son éstas, conforme al artículo 551 del Código, las que impone la ley en interés de los particulares, ó por causa de utilidad privada; lo son, por consiguiente, todas las establecidas en consideración á un predio de dominio privado, y las constituídas á favor de personas ciertas y determinadas, no en pro de la colectividad. A la inversa de lo que acontece respecto de las públicas, las privadas se rigen por las disposiciones del Código, y, en su defecto, por su ley, reglamento ú ordenanza.

Se cuentan entre las servidumbres de que hablamos, y son principales, las que enumera el Código en el capítulo de las idumbres que no son públicas, á saber: estribo de presa, ducto no establecido para servicio público, parada ó par-

tidor, paso (excepto las vías pecuarias), la llamada de medianería, luces y vistas, desagüe de edificios y la de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones no referentes á la zona militar.

Son servidumbres porque todas consisten en un uso de la cosa ajena (estribo de presa, acueducto, parada ó partidor, paso, vertiente de tejados) ó en la prohibición de un uso de la cosa propia (no abrir huecos, ó no construir, ó no plantar á determinada distancia de la cosa ajena).

No hay diferencia alguna en el contenido del derecho de servidumbre legal de interés privado y el convencional; la substancia del derecho es la misma, lo único diferente es su origen. El derecho de pasar por el predio ajeno es servidumbre, lo mismo cuando se constituye por convenio de las partes, que por virtud del mandato de la ley.

Conforme al párrafo último del art. 551, las servidumbres legales de utilidad privada pueden ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio para tercero. Alguna aclaración necesitan estas palabras.

La servidumbre de interés privado consiste en el derecho que otorga la ley de usar específicamente un fundo ajeno (positivas), ó en el derecho de prohibir al dueño de un fundo un uso específico de él (negativas). Este uso ó la prohibición del uso constituye la servidumbre, y si se modifica no existirá propiamente ésta, ó al menos la de que se trate. Ejemplo: las servidumbres positivas de estribo de presa, de acueducto, de parada y paso, consisten respectivamente en el derecho que concede la ley de establecer el estribo, de hacer pasar el agua, de construir el partidor ó de pasar por el fundo ajeno; pues bien, estos derechos no se pueden modificar, porque se variaría la servidumbre misma y sería otra, pero no la legal. Igual acontece con las negativas: si el que tiene derecho á que no abran vistas rectas ú oblicuas sobre su finca, permite ó conviene con el dueño del predio vecino que se abran los huecos á menor distancia de la fijada por el artículo 582, ó tolera ó acuerda con el dueño de la finca contigua una construcción ó plantación á menor distancia, ó sea sin condiciones determinadas en los artículos 590 y 591, no será servidumbre legal de vistas y la de distancias para ciertas construcciones y plantaciones, sino otra convencional. Desde el

mento en que los interesados se apartan de la ley para crear un derecho, éste deriva de la voluntad, no de la ley, y si el derecho es una servidumbre, ésta será voluntaria.

¿En qué sentido hay que entender, ó por mejor decir, cabe aplicar la disposición del inciso último del art. 551 del Código? En el de que consistiendo las servidumbres legales positivas de interés privado en el derecho *á establecer* un uso específico sobre una finca ajena, queda ó puede quedar á la voluntad de las partes la determinación de la manera, de la forma de establecer la servidumbre, y también en el de que los interesados pueden modificar la servidumbre establecida. La ley concede el derecho de estribo de presa, de acueducto, de paso, y las partes pueden acordar dónde se ha de establecer el estribo, su anchura, por dónde ha de pasar el acueducto ó el camino y su anchura, y asimismo, establecidos, cabe que varíen el lugar ó la forma.

Respecto de las negativas, como indica su misma cualidad, no exigen un establecimiento material, y no les es aplicable lo dicho respecto de este particular, pero sí lo referente á la modificación.

Aquí está la verdadera interpretación del precepto legal: las servidumbres pueden ser modificadas, es decir, las partes pueden variar las servidumbres establecidas sin perjudicar á tercero; pero, repetimos, en este caso la servidumbre ya no es legal, sino voluntaria; se regirá primeramente por la convención, y en su defecto, por las disposiciones del Código ó de su ley especial.

Sabido es, y sólo lo exponemos para alejar la idea de una omisión, que la modificación de la servidumbre deberá constar en documento público (art. 1.280, núm. 1.° del Código) é inscribirse para producir efectos contra tercero en el Registro de la Propiedad (artículos 606 del Código y 2.° de la ley Hipotecaria).

SECCIÓN SEGUNDA

De las servidumbres en materia de aguas.

En este epígrafe, que es también el de un título de la ley de Aguas (el III), se enumeran diferentes de una finca en consideración á otra ó á favor de

las personas. En él se encuentran preceptos jurídicos heterogéneos agrupados por la homogeneidad del objeto de la relación jurídica (las aguas).

A la cabeza, rompiendo marcha, va la servidumbre de los predios superiores sobre los inferiores, consistente en recibir éstos las aguas que, naturalmente, y sin obra del hombre, descienden de aquéllos, así como la piedra ó tierra que arrastren en su curso.

No todos los autores admiten el concepto de servidumbre respecto de este hecho inherente al curso ó corriente de las aguas; ni aun considerado como servidumbre ha merecido igual calificación á los legisladores.

Según Duranton, no se trata de verdadera servidumbre, sino de modo de ejercicio del derecho de propiedad.

Germano sostiene igual opinión, pues dice que en esta llamada servidumbre natural, no hay limitación de un fundo ni beneficio de otro. No hay limitación del fundo inferior—expresa—porque ninguno ha limitado esta propiedad; el fundo inferior está, naturalmente, destinado á recibir el agua, y la cualidad de estar sujeto á ello por su naturaleza no es servicio; y no habiendo restricción de la propiedad del predio inferior, no hay consiguientemente beneficio para el superior.

Pero la razón concluyente es la que alega de que todo lo que es natural no es servidumbre, pues ésta nace, en su sentido más amplio, cuando se hace alguna cosa contra la Naturaleza. El agua—añade—es una creación natural, y también lo es la cualidad de su curso, y si se quisiere impedir éste, se obraría contra la Naturaleza, y bajo pretexto de librar á un fundo de una servidumbre no existente, se crearía una

dadera servidumbre real y efectiva en perjuicio de otro, porque contra leyes físicas se obligaría á retener el agua que corre naturalmente.

Nuestro criterio está conforme con el de Germano. El uso adecuado á la índole propia y natural de un bien, hemos manifestado en el comentario del art. 530 que no debe reputarse servidumbre; ésta supone algo, no contra la naturaleza, como dice Germano, pero sí distinto del destino de los fundos, algo que es accidental á ellos. La idea de necesidad absoluta rechaza la de servidumbre, que supone sólo la de utilidad. Por estas razones dijimos en el lugar citado que el derecho de abrir huecos y la vertiente de tejados sobre los sitios públicos no constituye servidumbre, porque no se concibe la existencia de una población sin calles, plazas, y sin huecos en los edificios, por ser el aire y la luz necesarios para la vida, palabras que repetimos con relación á la caída de las aguas de un predio sobre otro. Es esto un hecho físico, natural y necesario, es un uso público, social, y no propiamente una servidumbre.

Admitido ya este hecho físico como servidumbre, han opinado de diversa manera los legisladores acerca de su calificación. Los Códigos belga y francés forman con ella una idea categórica especial, denominándola servidumbres naturales ó derivadas de la situación de los lugares; otros, la mayoría (Italia, Guatemala, Méjico y Chile), la incluyen entre las legales; el portugués habla indistintamente de las dos, de las constituídas por la naturaleza de la cosa ó por la ley. Nuestro Código [illegible] en desacuerdo con la ley especial, que la [illegible] sección titulada "de las servidumbres na[illegible]s de los segundos, á cuyo criterio hemos

manifestado nuestro asentimiento en la introducción al capítulo de las servidumbres en general, porque afirmando que el hecho de la corriente del agua no es servidumbre, solo es lícito hablar de ella como tal, desde el instante en que el legislador interviene para regular las consecuencias que en el orden económico podría producir la alteración del curso del agua.

Pensamos igualmente de la llamada servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. El uso público es de necesidad, y esto excluye la idea de servidumbre. Todos esos actos son necesarios á la vida de la humanidad, y para ello es á su vez indispensable el uso público de la ribera de los ríos. Considerados los ríos como vías públicas destinadas por la misma naturaleza á la navegación, debe tenerse por natural esta servidumbre—dice la exposición de motivos de la ley de Aguas,—sin la cual no podrían tener aquel destino. Claro es que no son exactas estas palabras en cuanto hablan de servidumbre natural, pero sí al afirmar la necesidad del uso en que ésta consiste para el destino de los ríos. Y es que acontece lo que en la supuesta servidumbre de los predios superiores sobre los inferiores; el uso de las riberas de los ríos para los actos inherentes á la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento, es un uso natural, y, por tanto, no adecuado al de la servidumbre, que implica uno ajeno á la naturaleza del fundo, ó, por lo menos, accidental. Vuélvese aquí á presentar la conveniencia de omitir el concepto servidumbre, para emplear sólo el de uso, que es el determinado por la r - lidad.

La servidumbre de estribo de presa se halla lig: a

á la de acueducto, porque ésta sería inútil en muchos casos si no se gozara también de aquélla. El Código, confirmando la ley de Aguas, otorga derecho para exigir la imposición de la servidumbre cuando para la derivación ó toma de agua de una corriente sea necesario establecer una presa, y quien haya de hacerlo no sea dueño de las riberas.

El Código admite también la servidumbre de saca de agua y de abrevadero, pero por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, cuyo objeto es—según la exposición de la ley especial—favorecer el acrecentamiento de la población como medio necesario para el mejor cultivo de los campos. A esta servidumbre va anejo el derecho de permitir el paso de personas y ganados hasta el punto del aprovechamiento del agua, derecho indispensable para conseguir éste. También respecto de la servidumbre de que nos ocupamos, cabe decir que radica en el paso, porque el aprovechamiento del agua es una apropiación, una enajenación de una substancia líquida, y esto es cuestión de propiedad, no de servidumbre, y ya hemos visto en otro lugar que las llamadas servidumbres de agua no son otra cosa sino transmisiones de la propiedad de esta última.

La servidumbre de acueducto es de abolengo. La conoció ya el Derecho romano con carácter voluntario, figuró también en las Partidas y se estableció ampliamente en la ley de Aguas. El Código ha novado en algunos puntos á ésta. Concreta su precepto al caso de que el que quiera utilizar el agua sea dueño de la finca, punto que la ley se refiere á éste ó al que sea concesionario del terreno; no exige objeto determinado al

que se vaya á destinar el agua, sino que basta que el propietario quiera servirse de la que pueda disponer, pero, en cambio, le obliga, para conseguir la imposición del gravamen, á justificar determinados particulares cuya prueba incumbía, con arreglo á la ley, al que se oponía al establecimiento de la servidumbre.

El Código, en el art. 561, prejuzga la naturaleza de la servidumbre de acueducto diciendo que se considerará continua y aparente. Ha querido con esto, sin duda, sentar una regla general para obviar cuestiones referentes á la extinción de la servidumbre.

Como el Código se limita á consignar en sus páginas los preceptos legales referentes á las servidumbres en materia de aguas que ofrecen carácter civil ó de derecho privado, manifiesta en el último artículo de la sección que en todo lo no previsto en ella rige la ley especial de la materia.

ART. 552. Los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.

Concordancias.—Igual al art. 484 del proyecto de Código de 1851 y al 544 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXII, ley* —
Otrosi dezimos que si alguno alçasse pared, o fiziesse esta... ı,
o valladar, o otra lauor, en su heredad, de guisa que el ...a

non pudiesse correr por el lugar por do solia, porque se ouiesse y de fazer estanque, de que viniesse daño a las heredades que son de sus vezinos; o si por auentura alçasse alguna lauor en el logar por do solia el agua venir, e por aquel alçamiento se mudasse el curso della, e cayesse de tan alto, que fiziesse foyas, o caños, en heredad de su vezino, o la embargasse, o detuuiesse el agua, de guisa que los otros que la solian auer, non pudiessen regar sus heredades della, assi como solian. Ca cualquier destas lauores sobredichas, o otras semejantes dellas, que alguno fiziesse nueuamente, de que viniesse daño á las heredades de sus vezinos, deue ser derribada a su costa, e a su mission, e tornar al primero estado: e demas deue pechar, el que fizo la lauor, todo el daño, e el menoscabo que viniesse a sus vezinos por razon della. Ca segun que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere. Pero deuelo fazer de manera que non faga daño, nin tuerto a otro.

Part. 3.ª, tit. XXXII, ley 14.—Tres maneras son en que podrian los omes recebir daño de las heredades de los otros que lo aurian de sufrir, e non se quexar con derecho de aquellos cuyas fuessen. E destas la primera es natural, assi como quando vn ome ha su heredad de yuso de la del otro. Ca maguer corra el agua de la heredad que esta mas alta en la que este mas baxa o desciendan piedras, o tierra por mouimiento de las aguas, o en otra manera que non sea fecho maliciosamente por mano de omes, e fagan y daño, non es culpado aquel cuya es la heredad que está mas alta, nin es tenudo de lo pechar...

Ley de Aguas de 1879 (111 de la de 3 de Agosto de 1866).—Artículo 69. Los terrenos inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente sin obra de hombre fluyen de los superiores, así como la piedra ó tierra que arrastran en su curso. Pero si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales ó sobrantes de acequias de riego ó procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, tendrá el dueño del predio inferior derecho á exigir resarcimiento de daños y perjuicios.

dueños de predios ó establecimientos inferiores podrán
e á recibir los sobrantes de establecimientos industriales
...stren ó lleven en disolución substancias nocivas intro-
... por los dueños de éstos.

COMENTARIO.—La sujeción á una ley natural, su cumplimiento no puede ser calificado de servidumbre. El que las aguas del predio superior caigan sobre el inferior, siguiendo el curso determinado por la Naturaleza, no lo estimamos servidumbre. Ésta ya hemos dicho que supone un uso ajeno al fundo gravado, un uso no propio de él, y el dar paso á las aguas que corren por su cauce es un uso adecuado á la naturaleza de los fundos. La servidumbre está, si acaso, en la limitación ó prohibición de hacer obras el propietario en su fundo (superior ó inferior) que impidan el libre curso de las aguas. Pero este curso es de interés general, necesario, no sólo beneficioso.

El precepto se refiere á las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, sean pluviales ó vivas; excluye, pues, las aguas cuyo descenso sea producto de actos humanos. Así, no comprende los casos en que se practique un alumbramiento artificial, ó se haga un cauce para las aguas. Pero sí el de que las obras se limiten á regular el nacimiento ó el cauce sin determinar el primero, ó sin crear éste. Por ejemplo: cuando existiendo el manantial ó el cauce se construya una fuente para aquél ó se hagan obras para contener mejor las aguas en su cauce natural.

Los actos humanos, la obra del hombre, de que habla el Código, son los originarios, no los complementarios, los accidentales, los meramente regulativos del curso de las aguas. Rige el artículo cuando no depende del hombre el nacimiento de la corriente, ó el curso de ésta; en otro caso, no.

La ley de Aguas, precedente legal del Código, así como las Partidas, confirman en este criterio. Éstas (3.ª, tít. XXXII, ley 14) establecen igual precepto que el artículo que estudiamos, «*siempre que non sea maliciosamente por mano de ome*», y aquélla es más explícita en su art. 69. Según éste, si las aguas procediesen de alumbramiento artificial ó de sobrante de acequias de riego ó de establecimientos industriales que no hubiesen adquirido la servidumbre á que concierne el artículo, el dueño del predio inferior tendrá derecho á exigir resarcimiento de daños y perjuic
y si el sobrante proviniese de determinados establecimien
industriales, llevase en disolución substancias nocivas, po
oponerse á recibirlo. El artículo, como se ve, establece una di
rencia racional: cuando las aguas pueden ser perjudiciales

arrastrar elementos nocivos, cabe que el dueño del predio inferior se oponga á su entrada en él; cuando no hay tal temor, pero las aguas proceden también de *mano del hombre*, existe el derecho á la indemnización de daños y perjuicios. Si el curso del agua es el natural, entonces rige el precepto del art. 552 del Código y párrafo 1.° del 69 de la ley de Aguas. Existe, pues, una escala legal respecto de los derechos del dueño del predio inferior, en relación con la clase de la corriente, según que ésta sea natural ó artificial y estableciendo la distinción antes expuesta.

Tocante al caso en que el citado dueño tiene derecho al resarcimiento de daños y perjuicios, como quiera que la ley no sienta precepto alguno relativo á su importe, se determinará por acuerdo de las partes, y si no hubiere acuerdo, se resolverá la cuestión por la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del precepto de los números 3.° y 4.° del art. 253 de la ley de Aguas (1).

Es también de aplicación á este punto el art. 70 de esta misma ley, el cual declara que, si en el caso de tener derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios el dueño del predio inferior, le conviniere dar salida inmediata á las aguas para eximirse de la servidumbre, sin perjuicio para el predio superior ni para tercero, podrá hacerlo á su costa, ó bien aprovecharse de las aguas, renunciando á la indemnización. Es decir, que el dueño del predio inferior puede optar, entre la indemnización de los daños y perjuicios que experimente por la vertiente de las aguas en el predio, ó aprovecharse de ellas.

La servidumbre no consiste sólo en recibir las aguas que fluyen del predio superior, sino también la tierra ó piedra que arrastren en su curso. Declara esto el Código, lo decía asimismo la ley de Aguas y lo estableció ya la legislación de Partidas.

---

(1) Art. 253. Compete á la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de los recursos contra las providencias dictadas por la Administración en materia de aguas en los casos siguientes:

.....

Cuando se imponga á la propiedad particular una servidumbre forzosa ó alguna limitación ó gravamen en los casos prescritos por esta ley.

En las cuestiones que se susciten sobre resarcimiento de daños y perjuicios á consecuencia de las limitaciones y gravámenes de que habla el párrafo anterior.

El párrafo segundo del art. 552 es en parte corolario del primero. Si el predio inferior está sujeto á recibir las aguas que viertan en él naturalmente del predio superior, es forzoso ordenar que el dueño de aquél no pueda hacer obras que impidan tal vertiente ó descenso. En cuanto á la limitación impuesta al dueño del superior de hacer obras que agraven la denominada servidumbre, es aplicación específica del espíritu restrictivo que informa la materia de servidumbre; no agravar la condición del fundo sirviente.

Si están vedadas tanto las obras que impidan la servidumbre (hablamos por el Código), como las que la agravan, es indudable que son lícitas las demás. Este criterio expansivo encuentra su prueba en la ley de Aguas, cuyos artículos 71 y 72 autorizan respectivamente al dueño del predio sirviente para construir en éste ribazos, malecones ó paredes que regularicen el curso de las aguas, sin estorbarlo, ó para aprovecharlas, y al del dominante para verificar iguales construcciones sin agravar las servidumbres, para suavizar la corriente é impedir el arrastre de la tierra vegetal ó los desperfectos de las fincas.

Casi no es necesario decir, aunque convenga su inserción, que el servicio de que se ocupa el artículo, ó sea el tolerar el curso natural de las aguas, es extensivo á todos los predios, cualquiera que sea su dueño, esto es, sean de dominio privado ó público, y ya pertenezcan al Estado, á la provincia ó al Municipio. Obedece el principio á una ley natural, y los preceptos de la Naturaleza no admiten excepción por razón de diferencias artificiales, como son las derivadas de la convención humana.

Dentro, por último, de las servidumbres naturales en materia de aguas que dice la ley de 1879, incluye ésta (art. 74) el derecho de los interesados en ello (dueños de los predios inferiores ó colindantes) de exigir al dueño del fundo en que el agua acumule piedra, broza ú otros objetos que, dificultando su curso natural, puedan producir embalse, con inundaciones, distracción de aguas ú otros daños, que quite el estorbo ó permita quitarlo, respondiendo también de los daños ocasionados ó que se ocasio-

ART. 553. Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interes general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.

Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están además sujetos á la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.

Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización.

Concordancias.—Análogo al art. 490 del proyecto de Código de 1851 é igual al 555 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 6.ª* Los rios, e los puertos, e los caminos públicos pertenecen a todos los omes comunalmente; en tal manera que tambien pueden vsar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran e biuen en aquella tierra, do son. E como quier que las riveras de los ríos son cuanto al Señorio, de aquellos cuyas son las heredades á que estan ayuntadas: con todo esso, todo ome puede vsar dellas, ligando á los árboles que están y sus nauios, e adouando sus naues, e sus velas en ellas, e poniendo y sus mercadurias: e pueden los pescadores y poner sus pescados, e venderlos e enxugar sus redes, e vsar en las riberas de todas la otras cosas semejantes destas, que pertenecen al arte, e al menester por que biuen.

Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879.—Art. 36. Las riberas, aun cuando sean de dominio privado en virtud de antigua ley ó [illegible]stumbre, están sujetas en toda su extensión, y las márge- [illegible]na zona de tres metros, á la servidumbre de uso público [illegible]és general de la navegación, la flotación, la pesca y el [illegible]ito.

[illegible]mbargo, cuando los accidentes del terreno ú otras legí-

timas causas lo exigiesen, se ensanchará ó estrechará la zona de esta servidumbre, conciliando en lo posible todos los intereses.

El Reglamento determinará cuándo, en qué casos y qué forma podrán alterarse las distancias marcadas en este artículo.

Idem (152 de la de 3 de Agosto de 1866).—Art. 112. Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están sujetos á la servidumbre de caminos de sirga. La anchura de éste será de un metro si se destinara á peatones y de dos si á caballerías. Cuando lo escarpado del terreno ú otros obstáculos lo exijan, el camino de sirga se abrirá por el sitio más conveniente; pero en este caso, y siempre que el camino penetre en las propiedades colindantes más de la zona señalada al camino de sirga, se abonará á los dueños de aquéllos el valor del terreno que se ocupe.

Idem (156 de la de 3 de Agosto de 1866).—Art. 116. La servidumbre de camino de sirga es exclusiva para el servicio de la navegación y flotación fluvial.

COMENTARIO.—Dos servidumbres comprende el artículo: la de uso público en interés general de la navegación, la flotación, pesca y salvamento, y la de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.

Las frases «uso público» confirman la idea expuesta por nosotros en la crítica del concepto legal de servidumbres acerca de lo que se debe entender por ella. No se adapta muy bien el concepto de servidumbre á la idea de un uso público, un uso necesario á la colectividad, y por eso dijimos que habrá que proscribir la denominación de servidumbre para hablar de uso; uso público, como en el caso del art. 553, uso privado en las servidumbres de interés particular. Si la servidumbre es un uso, es una redundancia decir servidumbre de uso público, ó derecho de uso de un uso público.

Aparte estos escarceos críticos, el artículo, en su inciso primero, establece el derecho de usar de las riberas de los ríos, sean de dominio público, sean de dominio privado, y de sus márgen en tres metros, en todo lo relativo á la navegación, flotació pesca y salvamento, con carácter público, esto es, en interés g neral.

El Código fija la extensión de tres metros como zona de u

público, señalando un tipo, al parecer invariable, pero la ley de Aguas, en el párrafo 10 de su art. 36, declara que cuando los accidentes del terreno ú otras causas legítimas lo requieran, se ensanchará ó estrechará dicha zona, conciliando los intereses opuestos.

¿Es que el Código, como ley posterior, ha derogado á la anterior, ó sea la de Aguas? No; el Código se ha limitado á establecer los principios fundamentales de las servidumbres llamadas de aguas, mas sin derogar lo consignado en la ley particular. Ahí está para darnos la razón el art. 563 del Código, conforme al cual el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia, en cuanto no se halle prescrito en el Código.

Qué se entiende por riberas de los ríos, lo dice la importante Real orden de 5 de Septiembre de 1881, confirmando el art. 35 de la ley; se llaman así «las fajas laterales comprendidas entre el nivel de las aguas bajas (del río) y el que alcanzan en las mayores avenidas ordinarias, determinando también dicha disposición las causas de variación de la zona de esta servidumbre, que son tres: *primera*, falta de ribera, inclinación y altura del ribazo que la limite ó naturaleza del terreno que haga indispensable mayor anchura de tres metros, ó excesiva amplitud de aquélla (ribera) ó escasa pendiente del terreno que permite reducir la de ésta; *segunda*, necesidad justificada del uso público, que exija el aumento, ó que el destino dado al terreno que debiera ocupar la zona, requiera la disminución de la anchura de ésta; *tercera*, escasa importancia de la corriente y consiguiente disminución de los usos propios de la zona, que permitan reducir su anchura.

La servidumbre de uso público, como dice el artículo, es un concepto genérico; comprende varios usos específicos, relativos, respectivamente, á la navegación, á la flotación, á la pesca y al salvamento.

Particular de la navegación y flotación es el camino de sirga, sto que el inciso segundo del artículo manifiesta que tal ser- lumbre es para el servicio exclusivo de la navegación y flota- ı fluvial. Refereutes también á estos servicios son los artícu- 119, 120 y 121 de la ley de Aguas; el primero, al permitir la ta á conveniente altura de las ramas de los árboles que pon-

gan obstáculos á la navegación ó flotación ó al camino de sirga; el segundo, en cuanto declara sujetos los predios ribereños á que en ellos se amarren las maromas ó cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, previa indemnización de daños y perjuicios, así como consentir el amarre accidental, en casos extremos y mediante la correspondiente indemnización, de embarcaciones ú objetos flotantes de tránsito; y el tercero, al consignar el derecho de extraer las maderas ú objetos conducidos á flote por los ríos, si hubiese el temor de que los arrebatase una avenida, y depositarlas en los predios ribereños, si bien con la obligación de abonar daños y perjuicios, á lo que quedarán afectas especialmente las maderas ú objetos, sin que puedan retirarlas sus conductores hasta que hayan pagado ó prestado fianza.

Respecto de la pesca, se halla el art. 123 de la citada ley, imponiendo á los dueños de las márgenes de los ríos la obligación de permitir que los pescadores tiendan y sequen en ellas sus redes y depositen temporalmente el producto de la pesca, pero sin internarse en la finca ni separarse de la orilla más de tres metros, salvo que los accidentes del terreno exijan en caso especial la fijación de más anchura.

En cuanto á la de salvamento, aparte del precepto general del artículo del Código que nos ocupa, existe el 122 de la ley especial, según el cual pueden depositarse en los predios ribereños las mercancías descargadas y salvadas en caso de naufragio, avería ú otra necesidad urgente, quedando responsables á la indemnización de daños y perjuicios. También cabe citar el 48 de igual ley, autorizando el rescate y salvamento de animales, maderas, frutos, muebles que arrastre la corriente de las aguas públicas.

Esta servidumbre refiérese exclusivamente á las riberas de los ríos. Respecto de los lagos navegables, el art. 39 de la ley de Aguas preceptúa que sus orillas están sujetas á la servidumbre de salvamento en caso de naufragio, con sujeción á lo dispuesto en la ley de Puertos respecto de las heredades colindantes con el mar y á la de embarque y desembarque, depósito de barcos y operaciones inherentes al servicio de la navegación, en los puntos que la autoridad designe. En cuanto á la servidumbre de salvamento marítimo, rigen los artículos 7.° y 8.° de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880. (Véase tomo VI, *Apéndice núm. 3.°*)

El segundo inciso del art. 553 concierne á la servidumbre de

sirga, á la cual están sujetos los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables *sólo* para el servicio de la navegación ó flotación, como indica el adjetivo «exclusivo». Consta así también en el art. 116 de la ley de Aguas, pues, como se dice en la exposición de motivos de ésta, el origen y objeto de dicha servidumbre quedarían desnaturalizados si no se limitase exclusivamente al servicio de la navegación y flotación, no debiendo, por tanto, los dueños de los predios ribereños usar del camino para entrar en sus heredades, ni los que se dirijan al río á sacar agua, bañarse, abrevar ganados, lavar ó hacer del agua un uso de los comunes. Para esta clase de aprovechamientos—añade la exposición de motivos—cabe establecer por el Gobierno la servidumbre de tránsito por las riberas de propiedad particular, si los caminos vecinales, y los abrevaderos, vados y riberas públicas no bastasen para el acceso del público al río.

La servidumbre de camino de sirga es exclusiva de los ríos, no pudiendo imponerse á los canales de navegación, á no justificarse su necesidad, según declara el art. 117 de la ley de Aguas.

El 112 de esta misma ley determina la extensión de esta servidumbre, leyéndose al efecto en él, que la anchura del camino de sirga será de un metro si se destina á peatones, y de dos si á caballerías. Este mismo artículo dice que cuando la configuración del terreno lo exija, el camino de sirga se abrirá por el sitio más conveniente; pero en este caso, si el camino se introduce en las propiedades más de la zona legal, se abonará el valor del terreno que ocupe.

Aquí parece conceder la ley la indemnización sólo en el caso que el ancho del camino exceda de la medida determinada, ratificando en este modo de pensar la exposición de motivos de la ley al decir que el establecimiento de la servidumbre no exige indemnización sino en aquellos ríos que fueren nuevamente declarados navegables ó flotables (art. 114), caso en el que la servidumbre proviene, no de la naturaleza del río, sino de las obras que lo cambian; pero parece que el Código ha venido á modificar este criterio al hablar ampliamente en el último apartado del artículo, de indemnización, si fuera preciso ocupar para el establecimiento de la servidumbre terrenos de propiedad particular. Según esto, la indemnización brota, por decirlo así, de la mera ocupación de terrenos de propiedad privada. El tenor del

precepto del Código es clarísimo; no es posible determinar si lo será también su espíritu.

En virtud, sin duda, del principio cardinal en materia de servidumbres de que les son inherentes todos los derechos necesarios para su ejercicio, el art. 118 de la ley de Aguas prohíbe plantar, sembrar, construir cercas ó zanjas ó hacer otras obras ó labores, y el 119 autoriza para cortar las ramas de los árboles que dificulten el uso del camino de sirga.

Si la servidumbre de camino de sirga se encuentra establecida para el servicio exclusivo de la navegación ó flotación, es procedente que termine—según indica el art. 115 de la ley repetida—cuando un río navegable ó flotable deje permanentemente de serlo.

ART. 554. Cuando para la derivación ó toma de aguas de un río ó arroyo, ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas ó terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.

Concordancias.—Igual al art. 156 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Real decreto de 29 de Abril de 1860.*—Art. 9.° Los concesionarios de aguas públicas con aplicación al riego tendrán derecho á utilizar la servidumbre forzosa de acueducto, establecida por la ley de 24 de Junio de 1849, y en uso de este derecho podrán ejecutar en terreno ajeno y previa autorización, todas las obras necesarias para detener las aguas en el punto de la corriente donde haya de hacerse la derivación y producirlas á los terrenos regables.

En los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre no sólo para la conducción de las aguas necesarias, sino tambi para la evasión de las sobrantes.

Ley de Aguas de 13 de Enero de 1879.—Art. 102. Puede imponerse la servidumbre forzosa de estribo cuando el que intente construir una presa no sea dueño de las riberas ó terrenos donde haya de apoyarlas, y el agua que por ella deba tomar se destine á un servicio público ó de interés privado de los comprendidos en el art. 77 (1).

Art. 104. Decretada la servidumbre forzosa de estribo de presa, se abonará al dueño del predio ó predios sirvientes el valor que por la ocupación del terreno corresponda, y después se le indemnizará de los daños y perjuicios que pudieran haber experimentado las fincas.

COMENTARIO.—Poco estudio exige el artículo, cuya claridad es notoria; sólo merece examinarlo comparativamente con su precedente el art. 102 de la ley de Aguas. Según éste, puede imponerse la servidumbre cuando el agua se destine á un servicio público ó privado de los comprendidos en el art. 77 de la misma ley (establecimiento ó aumento de riegos, establecimiento de baños y fábricas, desecación de lagunas y terrenos pantanosos, evasión ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales y salida de aguas de escorrentías y drenajes); el Código no preceptúa destino alguno como requisito para la concesión de la servidumbre, ordenando que podrá establecerse cuando para la derivación ó toma de aguas de un río ó de un arroyo, ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas, fuera necesario establecer una presa, y el que trate de construir ésta no sea dueño de las riberas ó terrenos en que necesite apoyarla. Claro es que en la mayoría de los casos la presa tendrá por objeto alguno de los determinados en el art. 77 de la ley; pero lo que queremos indicar es que por la disposición del ar-

(1) *Idem (118 de la de 3 de Agosto de 1866).*—Art. 77. Puede imponerse también la servidumbre forzosa de acueducto para objeto de interés privado en los casos siguientes:

1.º Establecimiento ó aumento de riegos.
Establecimiento de baños y fábricas.
Desecación de lagunas y terrenos pantanosos.
Evasión ó salidas de aguas procedentes de alumbramientos ciales.
Salidas de aguas de escorrentías y drenajes.

tículo 554 del Código parece no ser necesaria la justificación del destino del agua, bastando solamente acreditar la necesidad de su derivación ó toma, cualquiera que sea el fin á que se dedique.

En lo que sí concuerdan ambos textos legales es en la procedencia de la indemnización, que ha de consistir, según especifica el art. 104 de la ley, en el abono del valor del terreno ocupado y de los daños y perjuicios que experimenten las fincas.

ART. 555. Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

Concordancias.—Análogo al art. 591 del proyecto de Código de 1851 é igual al 557 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES (1).—*Ley de Aguas de 1879, artículo 107 (147 de la de 3 de Agosto de 1866).*—Las servidumbres forzosas de abrevadero y de saca de agua solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

ART. 556. Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva á este servicio la indemnización.

Concordancias.—Igual al art. 558 del proyecto de Código de 1882.

---

(1) La Partida 3.ª, tít. XXXI, ley 6.ª, habla de la servidum de abrevadero y de paso inherente á ella, pero de la *voluntaria* y interés particular, por cuya razón no la conceptuamos como pr dente.

PRECEDENTES LEGALES. — *(Véanse los del artículo anterior.)*

Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, art. 109 (149 de la de 13 de Agosto de 1866).—Las servidumbres de abrevadero y de saca de aguas llevan consigo la obligación de los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de ejercerse aquéllas, debiendo ser también extensiva á este servicio la indemnización.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 555 Y 556.—No requieren tampoco estos artículos ni permiten extensas consideraciones.

Puede establecerse únicamente esta servidumbre por causa de utilidad general en favor de una población ó caserío, nunca por interés privado ó particular. En parangón con tal restricción de carácter subjetivo, ó sea referente á la persona que puede gozar de esta servidumbre, se encuentra otra de carácter objetivo, ó sea concerniente á la prohibición de imponer aquélla sobre los bienes expresados en el art. 108 de la ley de Aguas, á saber: pozos ordinarios, cisternas, aljibes y edificios ó terrenos cercados con pared.

Al establecimiento de la servidumbre ha de preceder la indemnización correspondiente, según dicen el art. 555 del Código y el 107 de la ley de Aguas, los cuales no expresan en qué ha de consistir la indemnización, aun cuando se comprende que ha de ser en el valor del terreno que se ocupe con la vía y el abrevadero y en los daños y perjuicios que se ocasionaren á la finca con el ejercicio de la servidumbre.

Aplicación específica del precepto general del art. 542 del Código es el del 556 de éste, igual al 109 de la tan repetida ley de Aguas; el paso para personas y ganados hasta el punto donde se haya de sacar el agua ó abrevar el ganado, es un derecho necesario para el ejercicio de la servidumbre. Sin éste, de nada serviría, y por eso cabe reputarlo como un derivado del citado artículo 542.

Al decretarse la concesión de la servidumbre se fija la anchura vía ó senda, atendiendo el objeto y circunstancias de la lo- ad, según manifiesta el art. 110 de la ley de 1879, sin que la variarse aquélla ni la entrada, por prohibirlo expresa- te el art. 111 de la misma ley, el cual autoriza en cambio á

los dueños de los predios sirvientes para variar la vía ó senda, siempre que la variación no perjudique al ejercicio de la servidumbre.

ART. 557. Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños, como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

Concordancias.—Análogo al art. 496 del proyecto de Código de 1851 é igual al 558 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES (1).

ART. 558. El que pretenda usar del derecho concedido en el artículo anterior está obligado:

1.° A justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso á que la destina.

2.° A demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.

3.° A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.

Concordancias.—Análogo al art. 500 del proyecto de Código de 1851 é igual al 560 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*(Véanse los del art. 554.)*

Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879.—Art. 79. En todo caso

(1) La ley 4.ª, tít. XXXI, de la Partida 3.ª, se ocupa de la vidumbre de acueducto, pero no la consideramos como preced por las razones expuestas respecto de la de abrevadero.

deberá preceder al decreto de constitución de las servidumbres, la instrucción de expediente justificativo de la utilidad de lo que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que hayan de sufrir el gravamen y la de los Municipios ó provincias en que radican, en cuanto á éstas ó al Estado afecte la resolución.

Idem (125 de la ley de 3 de Agosto de 1866).—Art. 80. El dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre forzosa de acueducto, podrá oponerse por alguna de las causas siguientes:

1.ª Por no ser el que la solicite dueño ó concesionario del agua ó del terreno en que intenta utilizarla para objeto de interés privado.

2.ª Por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla, y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

ART. 559. No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado, sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes.

Concordancias.—Análogo al art. 496 del proyecto de Código de 1851 é igual al 561 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 (120 de la ley de 3 de Agosto de 1866).*—Art. 83. No puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para objeto de interés privado sobre edificios ni sobre jardines ni huertas existentes al tiempo de hacerse la solicitud.

ART. 560. La servidumbre de acueducto no obsta ¡ue el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo ;arlo, así como edificar sobre el mismo acueducto ·nera que éste no experimente perjuicio, ni se im·iten las reparaciones y limpias necesarias.

Concordancias.—Igual al art. 562 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 (136 de la de 3 de Agosto de 1866).*—Art. 96. La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el acueducto mismo, de manera que éste no experimente perjuicio ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias. Las hará oportunamente el dueño del acueducto, dando aviso anticipado al dueño, arrendatario ó administrador del predio sirviente. Si para la limpieza y monda fuese preciso demoler parte de algún edificio, el coste de su reparación será de cargo de quien hubiere edificado sobre el acueducto, en caso de no haber dejado las correspondientes aberturas ó boquetes para aquel servicio.

Art. 97. El dueño del predio sirviente podrá construir sobre el acueducto puentes para pasar de una á otra parte del predio; pero lo hará con la solidez necesaria y de manera que no se amengüen las dimensiones del acueducto ni se embarace el curso del agua.

ART. 561. Para los efectos legales la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas.

Concordancias.—Igual al art. 563 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 557, 558, 559, 560 y 561.—*Acueductus est ius aquae ducendae per fundum alienum.* Tal es la conocidísima definición de la servidumbre de acueducto conte en el Derecho romano *(Dig., lib. VIII, tit. III, ley 1.ª)*. Pero Partidas *(3.ª, tit. XXXI, ley 4.ª)* hablaban de ella con cará particular, como servidumbre voluntaria ó convencional. Su

rácter forzoso ó legal, que, según se lee en la exposición de motivos del proyecto que sirvió de base á la ley de 3 de Agosto de 1866, se afirmó ya para el riego en los fueros de Valencia durante la primera mitad del siglo XIII, lo adquirió desde la ley de 24 de Junio de 1849, lo conservó en la citada de 1866 y se encuentra de nuevo en la vigente de 1879 y en el Código civil.

Como los demás artículos de la sección, los referentes á la servidumbre de acueducto no se prestan á consideraciones especulativas; así que, acomodándonos á su naturaleza, nos limitaremos á un estudio expositivo y metódico de ellos, salvo, si acaso, en el particular que concierne á la clase de servidumbre.

Naturaleza y clases de la servidumbre de acueducto.—Dice el artículo 561 del Código que para los efectos legales la servidumbre de acueducto se considerará continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas.

Como se ve, el Código reputa á la servidumbre que estudiamos como continua y aparente para todos los efectos legales, y esta misma afirmación y las palabras que emplea indican que dicha servidumbre no reúne por sí tales cualidades, porque entonces no hablaría en los términos que lo hace, ni sería preciso que hablase.

Por de pronto, se observa que, afirmando el artículo citado que la servidumbre es continua y aparente, sólo alude luego á la continuidad, sin ocuparse del por qué de la apariencia.

Si se recuerda lo dicho acerca de la continuidad, se notará que los ejemplos ó casos de continuidad mencionados en el artículo 561 hacen relación á la de derecho, no á la de ejercicio, que es la que motiva la clasificación establecida en el 532. Son continuas—según éste—aquellas servidumbres cuyo uso es ó puede ser incesante sin intervención de ningún hecho del hombre, y discontinuas las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre; en una palabra, la continuidad ó la discontinuidad lleva inherente la no necesidad ó la sidad de actos humanos. Ahora bien: como en la servidumde acueducto el ejercicio, ó sea el paso del agua, no depende eralmente de actos del hombre, sino de una ley natural, y por , constante, la ley de la gravedad, de aquí que sea continua

en cuanto á su ejercicio, que es, repetimos, el principio respecto del cual se habla usual y legalmente de continuidad ó discontinuidad. Unicamente cabría afirmar la discontinuidad respecto del ejercicio cuando el paso del agua dependiera de actos del hombre; por ejemplo, sacar agua mediante una bomba, á brazo ó por vapor. Pero sea lo que quiera, es lo cierto que la continuidad del artículo es la de derecho, puesto que se refiere *á cuándo*, no *á cómo* ha de pasar el agua, esto es, cuándo el que goce de la servidumbre tiene derecho á hacer pasar el agua, y esto no atañe a los efectos de la continuidad ó discontinuidad legal. Aun sin la declaración del artículo que estudiamos, sería continua la servidumbre de acueducto porque su ejercicio, por regla general, no depende de actos del hombre.

Expusimos también en el comentario del art. 532 que no era lo más exacto hablar de servidumbres aparentes y no aparentes, sino de su apariencia ó no apariencia, pues una misma servidumbre podría presentar una ú otra cualidad, y ofrecimos precisamente el ejemplo de la de acueducto, en la que éste puede ir sobre el suelo, por debajo de tierra, como una cañería ó tubería. El Código declara que se entenderá siempre aparente, si bien pensamos que la regla la consigna exclusivamente para la servidumbre legal de interés privado, puesto que la sección donde está el artículo se halla incluída dentro del capítulo de las servidumbres legales, y además, el art. 551 indica con suficiente claridad que las disposiciones del Código en materia de servidumbres se refieren á las legales de utilidad privada.

El art. 561 afirma las cualidades de continua y aparente de la servidumbre de acueducto para los *efectos legales*. ¿Cuáles son éstos? Los principales, los únicos, puede decirse, son la adquisición y pérdida de la servidumbre, por prescripción adquisitiva y extintiva, por ser donde tiene importancia su continuidad ó discontinuidad, su apariencia ó no apariencia.

Respecto de la adquisición de la servidumbre, prueban nuestro dicho los artículos 537 y 538; pero bien pronto se comprende que los preceptos de éstos atañen á las servidumbres voluntarias. Cuando una servidumbre reconoce por origen la ley, no hay [illegible] qué ocuparse de cuáles pueden adquirirse por prescripción precepto del art. 561 es, pues, innecesario relativamente á la quisición de la servidumbre de acueducto.

Veamos la extinción. En ésta, según se lee en el párrafo segundo del núm. 2.° del art 546, la continuidad ó discontinuidad de la servidumbre influye en su extinción por el no uso en cuanto que el momento desde el que se empieza á contar éste es distinto, según que la servidumbre sea continua ó discontinua. Aquí sí es pertinente el examen de la extinción, porque ya hemos dicho en el estudio de los modos de extinguirse las servidumbres que éstos son aplicables á las legales en lo que atañe al elemento voluntario que existe en ellas, á su forma, á la modalidad con que se presentan. En este sentido, es indudable que no podría desatenderse el punto de la continuidad ó discontinuidad de la servidumbre, puesto que, á tenor del Código, reuniendo ésta la primera cualidad, es necesario un acto contrario á la servidumbre, mientras que existiendo la segunda basta el mero lapso de tiempo.

Pero el Código pugna con la ley de Aguas, según la cual (artículo 100), la servidumbre de acueducto se extingue por el no uso durante veinte años, ya por negligencia de parte del dueño de la servidumbre, ya por actos del sirviente contrarios á la servidumbre sin contradicción del dominante. Parece, por estas palabras, ser indistinto que exista ó no acto obstativo; termina igualmente la servidumbre por éste ó por el mero no uso, en tanto que el Código exige en las continuas el acto contrario á la servidumbre. ¿Qué precepto debe prevalecer? En nuestro entender, y aunque no se acomode á nuestro pensamiento crítico, el Código civil. Las razones de carácter meramente legal en que nos fundamos son las siguientes: cuando se publicó la ley de Aguas, en 1879, regía la legislación de Partidas. La 3.ª, tít. XXXI, ley 16, referente á los modos de perderse las servidumbres, distinguía, respecto de este particular, las urbanas de las rústicas, y dentro de éstas diferenciaba á su vez las continuas de las discontinuas; las primeras se perdían por «*uso de luengo tiempo que los omes non se pudiessen acordar*»; las segundas por no uso de veinte años. En ambos casos, es decir, fuesen continuas ó discontinuas, se extinguían por el no uso, esto es, no hacía falta acto obstativo, pues la diferencia radi-
en el tiempo del no uso. Ahora bien: conforme á este pre-
, pudo la ley de Aguas consignar que la servidumbre de
lucto se extinguía indistintamente por el no uso de veinte
s (exigiendo este término en vez del no uso inmemorial). Pu-
lo hoy el Código, que requiere necesariamente para la extin-

ción de las servidumbres continuas un acto obstativo á su ejercicio, como ley posterior, deroga á la anterior en los puntos que ésta se oponga á la otra.

El Código declara continua á la servidumbre de acueducto, y como, según hemos expuesto en el comentario de los artículos correspondientes á los modos de extinguirse las servidumbres, sus preceptos son aplicables á las servidumbres legales de interés privado, en cuanto al elemento voluntario, ó sea á la modalidad del ejercicio de la servidumbre, es claro que lo será el referente al acto obstativo, exigido por el núm. 2.° del art. 546.

En cuanto á las *clases* de la servidumbre de acueducto por razón del tiempo, se clasifica por la ley de Aguas en *temporal* ó *perpetua,* entendiéndose lo último para los efectos de dicha ley cuando su duración exceda de diez años.

Requisitos para el establecimiento de la servidumbre.—La ley de Aguas exige en primer término la determinación del objeto á que se ha de destinar el agua. En su art. 77 dice que puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para alguno de los objetos de interés privado siguiente: 1.°, establecimiento ó aumento de riegos; 2.°, establecimiento de baños y fábricas; 3.°, desecación de lagunas y terrenos pantanosos; 4.°, evasión ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales; y 5.°, salida de aguas de escorrentías y drenajes.

El Código no especifica el objeto á que se haya de destinar el agua. Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho—expresa el art. 557—á hacerla pasar por los predios intermedios. No se exige justificación del destino del agua; cualquiera que sea éste, y aunque no esté comprendido en los enumerados en el art. 77 de la ley especial, hay derecho á la servidumbre de acueducto. En este particular, entendemos que el Código ha innovado á la citada ley, la cual es supletoria del Código, á tenor del art. 563, que bien claro manifiesta que las servidumbres de aguas se regirán por la ley especial en cuanto no se halle previsto en dicho Cuerpo legal.

Fortalece en esta opinión el art. 558 del Código, expresivo
las obligaciones, ó mejor dicho, *requisitos* necesarios para go
del derecho de servidumbre de acueducto, y para su estable
miento. Si sólo menciona determinados requisitos, no es infr
dado afirmar que no ha querido el legislador exigir otros. El (

digo ofrece aquí un nuevo ejemplo de su espíritu expansivo, de la nota de amplitud respecto de su precedente en esta materia, observado ya con relación á la servidumbre de estribo de presa.

Los requisitos contenidos en el art. 558 son: 1.° Justificación ó prueba de los siguientes particulares: *a*) Libre disposición del agua de que se trata de disponer. *b*) Suficiencia del agua para el uso á que se le destina. *c*) Ser el paso que se solicita el más conveniente y menos oneroso para tercero. 2.° Idemnización correspondiente.

La ley de Aguas estableció ya en su art. 79 que al decreto de constitución de una servidumbre deberá preceder la instrucción de un expediente justificativo de la utilidad, con audiencia de los dueños de los predios sobre que se hubiese de imponer, añadiendo en el 80 que éstos podrán oponerse por alguna de las causas siguientes: 1.ª No ser quien solicite la servidumbre dueño ó concesionario del agua ó del terreno en que intente utilizarla para objetos de interés privado. 2.ª Poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

La lectura de ambos textos legales (art. 558 del Código y artículo 80 de la ley de Aguas) induce á primera vista á afirmar que sus preceptos son mutuamente complementarios. El Código se refiere á los puntos de hecho que debe probar la persona á cuyo favor se haya de establecer la servidumbre, el demandante ó actor en el expediente; la ley de Aguas concierne á las excepciones que puede alegar el dueño del predio sobre el que se intente imponer el gravamen, que son naturalmente los puntos de hecho opuestos á los de aquél. Sin embargo, si bien es cierto que hay entre ambos cuerpos legales reciprocidad de sus preceptos, en cuanto que las excepciones admitidas por la ley de Aguas corresponden á las afirmaciones sentadas en el Código, creemos que éste ha modificado á aquélla.

Decía la ley (art. 79) que á la constitución de la servidumbre de acueducto debía de preceder un expediente justificativo de la ...idad, con audiencia de los dueños de los predios, añadiendo en ...80 que éstos podían oponerse por alguna de las causas seña...s. Según se ve, conforme á la ley, la persona que tratare de seguir la servidumbre habrá de probar la utilidad de ella, ó sea el objeto de su imposición es alguno de los mencionados en

el art. 77, y aunque no se diga en ningún precepto, probar también la propiedad ó la concesión del terreno ó del agua. El dueño del terreno sobre el que se quería imponer la servidumbre era el que debía oponerse por alguna de las causas contenidas en el citado art. 80. Hoy, según el Código, el que pretenda el establecimiento de la servidumbre está obligado á justificar los particulares comprendidos en los dos números primeros del art. 558.

Las diferencias se refieren, pues, tanto á los particulares de prueba como á quien debe justificarlos, en relación con los casos que pueden presentarse. Decimos esto último porque cabe distinguir entre el caso en que el que trate de disponer del agua sea propietario de la finca y en el que no lo sea; el Código habla para el primero; para el segundo (concesionario del terreno) seguirá rigiendo especialmente la ley de Aguas. El Código ha querido sin duda distinguir entre uno y otro.

Cuando el propietario de una finca quiera servirse para ella del agua de que pueda disponer (caso del Código), *sólo* está obligado á probar: que puede disponer del agua; que ésta es suficiente para el uso á que la destina: que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.

Cuando el que trate de obtener la servidumbre no sea dueño de la finca á cuyo favor se haya de imponer, sino concesionario del agua ó dueño de ésta (caso de la ley de Aguas), deberá probar: la utilidad de la servidumbre por destinarse el agua á alguno de los objetos determinados en el art. 77; la concesión del agua ó del terreno, ó la propiedad de la primera. Al dueño del terreno sobre el que se trate de imponer la servidumbre incumbirá probar las causas de oposición que alegue.

La diferencia radica, por tanto, en nuestro entender, en que el Código ha consignado un precepto particular para el caso de que aspire á imponer la servidumbre el que sea dueño de la finca en cuyo pro se haya de establecer el gravamen, rigiendo en los demás la ley de Aguas. Las consecuencias, en el orden de la prueba, son las siguientes: en el caso del Código, la prueba corresponde al dueño de la finca, y no justificando los particulares del artículo 558, no se establecerá la servidumbre por virtud principio (aplicable por analogía) de que no probando el actor demanda, debe ser absuelto el demandado; en el caso de la de Aguas, si el dueño del terreno sobre el que se pretenda im

ner la servidumbre formula alguna excepción, deberá justificarla, y no haciéndolo, procederá la imposición de la servidumbre. Así se desprende de los principios generales de la doctrina de la prueba y ha sido declarado en el Real decreto-sentencia de 27 de Octubre de 1890, en el que se dice que «no pueden prosperar contra la solicitud de una servidumbre de acueducto las oposiciones formuladas por los propietarios interesados, si, aunque comprendidas en los artículos 80 y 83, quedan sin demostrar, por no desvirtuarse la afirmación y prueba de que el concesionario es propietario del terreno que intenta regar; por haber informado los peritos no ser cierto que el acueducto atraviese una huerta y por no haber comprobado los opositores que la servidumbre pudiera establecerse sobre otros predios con iguales ventajas para los regantes y menores los inconvenientes para los propietarios que hubieran de sufrirla». Es también pertinente á los casos en que sea aplicable la ley de Aguas el Real decreto-sentencia de 15 de Junio de 1879, en el que se expone que «si bien el dueño del terreno sobre que se haya de imponer la servidumbre puede oponerse á su establecimiento por no ser, el que la solicite, dueño ó concesionario del agua ó del terreno en que se intente utilizar, no exige de modo alguno la ley la prueba de ambas circunstancias por parte del que pretenda dicho gravamen, sino tan sólo de una de ellas, en términos que quien demuestre ser propietario de las aguas no ha menester que justifique serlo también del terreno que se proponga regar».

Como consideraciones comunes al caso del Código y á los de la ley de Aguas, diremos que el expediente se sustancia por el Gobernador; que en él son admisibles todos los medios de prueba admitidos por la ley, no siendo requisito exigido por la legislación vigente—según declara el Real decreto-sentencia de 15 de Junio de 1879 acabado de citar—la presentación de una Memoria relativa al aprovechamiento que se intente hacer, y el informe del Ingeniero; y que si la oposición por parte del dueño del terreno que se pretenda gravar se funda en no ser el que solicite la servidumbre dueño ó concesionario del agua ó del terreno en se intente utilizarla, y al hacerla se acompañase justificación mentada de su existencia (art. 81 de la ley), podrá suspen- el curso del expediente administrativo, mientras los Tribu- rdinarios decidan la cuestión de propiedad.

Además de la prueba de los particulares, conforme á lo expuesto, es menester para el establecimiento de la servidumbre la indemnización al dueño del predio sirviente. El principio lo consigna el Código, dejando su determinación á la ley especial. El artículo 88 es el que la fija, distinguiendo el caso en que la servidumbre sea temporal del en que sea perpetua; en éste, la indemnización consistirá en el valor del terreno ocupado, y el de los daños ó perjuicios que se causaren al resto de la finca; en aquél será el duplo del arriendo correspondiente á la duración del gravamen por la parte que se ocupe, más el importe de los daños y desperfectos que se ocasionen en el resto de la finca, incluso los productos del fraccionamiento de ésta por interposición de la acequia.

Todas las consideraciones expuestas se refieren á los casos en que se trate de imponer la servidumbre, es decir, á los generales. Hay uno especial, el del art 85 de la ley de Aguas, concerniente á la división por herencia, venta ú otro título entre dos ó más dueños de un terreno de regadío que reciba el agua por un solo punto, caso en el que los dueños de la parte superior quedan obligados á dar paso al agua como servidumbre de acueducto para riego de las inferiores.

En este caso no habrá que justificar nada; á lo sumo, la división del terreno, pues aun esto constará á los interesados, ya que entre ellos se ha de establecer el gravamen, y sin necesidad de indemnización, salvo pacto en contrario.

Prohibiciones.—La servidumbre de acueducto de interés privado (que es á la que nos estamos refiriendo) no puede imponerse sobre edificios, jardines ni huertas existentes al tiempo de solicitarse aquélla. Tal prohibición consta en el art. 559 del Código y en el 83 de la ley, pudiendo recaer también sobre este punto la oposición al establecimiento de la servidumbre por parte del dueño del terreno que se pretenda gravar con ella, incumbiendo á éste su prueba.

Tampoco podrá establecerse la servidumbre—en virtud de la prescripción del art. 84 de la ley—por dentro de un acueducto preexistente, á no ser que el dueño de éste lo consintiere; pero el del predio sirviente se negare, se formará el oportuno exp. diente para obligarle á la servidumbre, previa indemnización e el caso de que se ocupare mayor extensión de terreno.

Aunque los términos del artículo parecen indicar que la servidumbre se ha de imponer fatalmente, digámoslo así, porque en él se lee «se instruirá el oportuno expediente para *obligar* al del predio á avenirse al nuevo gravamen», entendemos que la imposición dependerá de la justificación de los mismos particulares que en la no existencia del acueducto, según los casos, y lo revela la necesidad del expediente, que en otro supuesto no habría para qué instruirlo.

Forma y condiciones del establecimiento de la servidumbre.—El Código no dice nada acerca de estos particulares, reservados expresamente á la ley especial por el art. 563 de aquél. Ocúpase de esto el art. 86, según el cual, la servidumbre se constituirá: *a*) con acequia abierta, cuando no sea peligrosa por su profundidad ó situación y no ofrezca otros inconvenientes; *b*) con acequia cubierta, cuando lo exijan su profundidad, su contigüidad á habitaciones ó caminos, ó algún otro motivo análogo; *c*) con cañería ó tubería cuando puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas, cuando las aguas conducidas puedan inficionar á otras ó absorber substancias nocivas ó causar daños á obras ó edificios, y siempre que resulte necesario del expediente que al efecto se instruya. Cuando haya de constituirse la servidumbre por acequia, la anchura de ésta y sus márgenes se determinará en vista de la naturaleza y configuración del terreno y de la cantidad de agua que habrá de ser concedida.

Derechos y obligaciones del que haya obtenido la concesión de la servidumbre y del dueño del predio sirviente.—Los expondremos por la utilidad de su conocimiento, agrupados en la manera siguiente:

a) *Derechos del que haya obtenido la servidumbre.*—1.° Pasar por las márgenes del acueducto para su exclusivo servicio (art. 92 de la ley), las cuales, así como el cauce y los cajeros, se consideran parte integrante de la heredad ó edificio á que van destinadas las aguas (art. 98 de ídem).

2.° Ocupar temporalmente los terrenos indispensables para depositar los materiales de las obras necesarias para la construcción, conservación y limpia del acueducto (art. 90 de ídem).

3.° Fortificar las márgenes del acueducto con céspedes, estacas, paredes ó ribazos de piedra suelta, pero no plantaciones de ninguna clase (art. 95 de ídem).

Impedir al dueño del predio sirviente hacer plantaciones

y operación alguna de cultivo en las márgenes del acueducto y cortar las raíces que penetren en ellas (artículo ídem).

5.° Impedir la construcción de edificios ó puentes sobre el acueducto ó acequia, la derivación de aguas y el aprovechamiento de los productos de ella ó de sus márgenes, y la utilización de la fuerza de la corriente (art. 99 de ídem).

b) Obligaciones del mismo.—1.° Satisfacer el coste de las obras necesarias para la construcción, conservación y limpieza del acueducto y abonar los daños y perjuicios, prestando fianza en el caso de no ser éstos fáciles de prever, ó no conformarse con ella los interesados por la ocupación temporal de los terrenos indispensables para dichas obras (art. 90 de ídem).

2.° Construir y conservar las alcantarillas y puentes existentes en vías públicas y particulares, y no retardar ni acelerar el curso de las aguas, ni disminuir su caudal ó adulterar su calidad, si atravesase otro acueducto (art. 93 de ídem).

3.° Reponer las cosas á su antiguo estado, terminada la servidumbre, cuando ésta sea temporal (art. 88 de ídem).

Derechos del dueño del predio sirviente.—1.° Cerrar y cercar el acueducto, edificar sobre él, sin perjudicar á éste, ni imposibilitar las reparaciones y limpias necesarias (art. 560 del Código y 96 de la ley de Aguas).

2.° Construir sobre el acueducto puentes para pasar de una á otra parte del predio, haciéndolo con la solidez necesaria y de manera que no se amengüen las dimensiones del acueducto, ni se embarace el curso del agua (art. 97 de la ley).

Obligaciones del mismo.—1.ª Permitir la ocupación temporal de los terrenos indispensables para el depósito de materiales que se hayan de emplear en las obras necesarias para la construcción, conservación ó limpia del acueducto, previa indemnización ó constitución de fianza (art. 90).

2.ª Permitir el paso por las márgenes del acueducto para el exclusivo servicio de éste (art. 92).

3.ª No hacer plantaciones ni cultivar en las márgenes del acueducto (art. 95 de ídem).

Extinción.—La ley de Aguas, en su art. 100, establece va modos de extinguirse la servidumbre de acueducto, la ma parte de los cuales hállanse contenidos en el art. 546 del Cód Son los siguientes:

1.° *Caducidad.*—Este modo se refiere á la servidumbre no establecida aún; caduca ésta si dentro del plazo fijado al concesionario no hiciese uso de ella, después de satisfecho al dueño del predio sirviente la cantidad que deba abonarse, según que la servidumbre sea perpetua ó temporal.

2.° *Consolidación.*—Modo comprendido dentro del núm. 1.° del art. 546. La servidumbre de acueducto termina por la reunión en una misma persona del dominio de las aguas y de el de los terrenos gravados.

3.° *Transcurso de plazo* menor de diez años, fijado en la concesión de la servidumbre temporal, modo del núm. 4.° del art. 546 del Código.

4.° *No uso* durante el término de veinte años por imposibilidad ó negligencia del dueño de la servidumbre ó por actos del sirviente contrarios á ella, sin contradicción del que tenga á su favor la servidumbre. Aquí están refundidos el no uso (núm. 2.° del art. 546) y el estado de los predios (núm. 3.° del mismo), puesto que habla de la imposibilidad, y de los términos de la ley parece desprenderse que es indiferente para la extinción el que el no uso proceda de abandono ó negligencia del que goce de la servidumbre, ó de un acto obstativo del dueño del predio sirviente; esto es, que en uno y otro supuesto viene la prescripción.

El mismo artículo contiene un caso con doctrina igual á la del artículo 548, ó sea que el uso de la servidumbre de acueducto por cualquiera de los condóminos conserva el derecho para todos, impidiendo la prescripción.

Dice, por último, que extinguida una servidumbre temporal por lapso de tiempo, ó vencimiento de plazo, el dueño de ella tendrá sólo derecho á aprovecharse de las cosas en su primitivo estado, y lo mismo en la servidumbre perpetua que se extinguiese por no posibilidad ó desuso.

ART. 562. El que para dar riego á su heredad ó mejorarla, necesite construir parada ó partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construc-

ción, previo abono de daños y perjuicios, inclusos los que se originen de la nueva servidumbre á dichos dueños y á los demás regantes.

Concordancias.—Igual al art. 564 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879.*—Art. 105. (*146 de la de 30 de Agosto de 1866.*)—El que para dar riego á su heredad ó mejorarla necesite construir parada ó partidor en la acequia ó regadera por donde haya de recibirlo, sin vejamen ni mermas á los demás regantes, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre.

COMENTARIO.—Poco exige el artículo. Declara éste forzosa, para los dueños de las márgenes, la construcción de paradas ó partidores en el cauce (acequias ó regaderas) por donde venga el agua. La construcción ha de obedecer al objeto de dar riego á una heredad ó al de mejorarla, y ha de precederla el abono de los daños y perjuicios que se causen á los dueños de las márgenes y á los demás regantes.

ART. 563. El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.

Concordancias.—Igual al art. 565 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo se limita á afirmar la vigencia de la ley especial en materia de servidumbre de aguas de 10 de Enero de 1879, declarada ya subsistente en el art. 425, del título de «Propiedades especiales».

Rige la ley citada en todo lo que no se halle previsto por el Código, el cual se ha limitado á consignar los principios generales, lo que constituye propiamente el derecho privado, bien incluído, por tanto, en un Código civil. Aun estos principios figuraban ya en la ley especial; así que, más que de derogación, cabe hablar de confirmación.

Como los particulares que menciona el artículo (establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas) han sido expuestos al tratar de cada una de las servidumbres, sólo insistiremos aquí respecto de quién decreta el establecimiento.

Recordando que se trata de las servidumbres legales de interés privado, diremos, en primer término, que corresponde la concesión de la servidumbre de acueducto al Gobernador (art. 78 de la ley), de cuyas resoluciones cabe alzarse ante el Ministerio de Fomento en el término de treinta días, y apelar, en su caso, á la vía contenciosa.

Esta es la regla general, aplicable á las de estribo de presa (artículo 103), abrevadero y saca de agua (109), y camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños (art. 125); es única excepción, la de parada ó partidor, la cual, si hubiere oposición por los dueños de las márgenes, podrá ser concedida por el Alcalde, después de oir á aquéllos, al sindicato de los riegos, si lo hubiere, y en su defecto, al Ayuntamiento, y pudiendo recurrir contra la resolución del Alcalde al Gobernador (art. 106).

El fundamento de esta excepción es—según la exposición de motivos de la ley—el corto importe de los perjuicios que puede ocasionar la servidumbre al que la sufra.

SECCIÓN TERCERA

De la servidumbre de paso.

De abolengo es la servidumbre de paso, y ahí está para probar la afirmación el Derecho romano con las servidumbres de *iter*, *actus* y *via*.

El Código español no ha seguido el Derecho romano y su descendiente directo la legislación alfonsina. En primer término, el paso reviste hoy un carácter forzoso que no tenía en dichas legislaciones y que, en cambio, ofreció en el Fuero Viejo.

El paso es forzoso, y así lo reconocen los Códigos modernos, porque, como dice Albisson, sería imposible la cultura y explotación de un campo enclavado entre otros y sin salida á camino público, si la ley no abriese para el dueño, en los fundos circunvecinos, un paso proporcionado á sus necesidades; y el interés general—manifiesta Berlier—no permite que haya fundos colocados fuera del dominio de los hombres é improductivos, porque para llegar á ellos haya que atravesar las heredades ajenas.

En realidad, se trata de una servidumbre derivada de la situación de los lugares, de estar un fundo situado entre otros, sin salida á camino público, y si se admitiese este término de la clasificación de las servidumbres (que no debe aceptarse, porque, si bien se observa, todas se encuentran establecidas más ó menos directamente por la situación de un predio respecto de otro), habría que considerarla como incluída en él.

En segundo lugar, el Código patrio tampoco contiene la división de la servidumbre de paso establecida por el Derecho romano y el de Partidas, aquél en *iter*,

derecho de ir á pie, no á caballo; *ius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentium agendi... (Dig., libro VIII, título III, ley 1.ª); actus*, derecho de ir á caballo y en litera; *ius agendi vel iumentum, vel vehiculum... (Digesto, ídem)*, y *vía*, derecho de ir á pie, á caballo y en carruajes; *ius eundi, et agendi, et ambulandi... (Dig., ídem)*; la segunda (*Partida 3.ª, tít. XXXI, ley 3.ª*), equivalente á la clasificación romana, en *senda* (derecho de ir á pie, ó cabalgando solo ó con otros, pero de uno en uno); *carrera* (derecho de pasar como en la senda y además con carretas), y *vía*, derecho de pasar á pie, cabalgando solo ó acompañado con carretas, arrastrar madera y piedra, *"e todas las otras cosas que le fueren menester para pro de aquel heredamiento por quel fué otorgada la vía"*. Hoy solo existe la servidumbre de paso que se establece en la forma y extensión que exigen las necesidades del predio dominante, sin distinguir específicamente la ley, cual lo hiciera la legislación alfonsina.

En tercer término, corolario del segundo, tampoco el Código fija *a priori* la anchura de la vía, criterio adoptado por las legislaciones indicadas. Ambas establecian (*Dig., libro VIII, tít. III, ley 8.ª*, y *Partida 3.ª, título XXXI, ley 3.ª*) la anchura de ocho pies por lo recto y diez y seis por las vueltas. El Código (artículo 566) declara que la anchura se acomodará á las necesidades del predio dominante.

La clasificación que indirectamente admite el Código es en permanente total y temporal ó parcial, según que se constituya la servidumbre para todas las necesidades del predio dominante, estableciendo una ía permanente, ó se limite al paso necesario para un

fin especial; clasificación ó distinción que afecta al orden económico en cuanto que la indemnización que ha de abonarse al dueño del predio gravado se encuentra subordinada á la circunstancia de que la servidumbre sea ó no permanente. En el primer caso, la indemnización consiste en el importe de los perjuicios que se ocasionen en el predio sirviente, más el valor del terreno que de éste se ocupe; en el segundo solo el abono de los perjuicios: la indemnización es diversa según la extensión del gravamen, pero existe en todos los casos porque al fin y al cabo no se trata de otra cosa sino de la expropiación forzosa de un uso.

El paso responde á su necesidad; por eso, conforme al art. 568, se extingue á instancia del dueño del predio sirviente, cuando la necesidad desaparezca por reunirse la finca dominante á otra que tenga salida á camino público, ó apertura de uno que no exija ya el paso; pero en un caso y en otro tendrá que devolver lo que hubiere recibido como indemnización.

El art. 569 establece un precepto especial para permitir el paso por un predio de los materiales ó colocar los andamios necesarios para construir ó reparar un edificio, previa también la indemnización de perjuicios. En realidad, esta servidumbre es un caso específico de la de paso que el Código español, á imitación de otros extranjeros, menciona para evitar dudas, y consiguientemente cuestiones judiciales.

Fórmula de avenencia entre los antiguos privilegios de la Ganadería española y el principio individualista de la libertad del cultivo, condensado en el derecho de cerrar los predios rústicos, es el art. 570. En él se respetan todos los derechos adquiridos, se

afirma la subsistencia de todas las servidumbres pecuarias existentes á la publicación del Código, en la forma y extensión determinadas por su legislación especial; las que se establezcan en lo sucesivo se regirán por las disposiciones del Código. El precepto se ajusta perfectamente á la regla fundamental en materia de retroactividad de las leyes, de no lastimar los derechos adquiridos.

ART. 564. El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público, tiene derecho á exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante, estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente.

Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas á través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Concordancias.—Análogo al art. 506 del proyecto de Código de 1851 é igual al 566 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Viejo de Castilla, libro IV, título V, ley 5.ª*—Si un ome a una casa, o viña entre otras eredades, e defiendenle los erederos de las otras eredades, que non entre nin salga por ninguna de aquellas eredades, e dis el otro,

que entrada, e salida a de auer, *el Alcalle deve mandar*, que vayan allá los omes bonos aldeanos, e si aquella eredat fallaren por buena verdat que a entrada, e salida, entre e salga por y; e si non fallaren por do entrar e salir, caten por do sea mas cerca la entrada, e denle entrada, e salida por alli, cá ninguna eredat es sin entrada, nin sin salida.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 3.ª—Rvstica seruidumbre diximos que era aquella, que ha vn heredamiento en otro, e esto seria, assi como quando vn ome ha senda, o carrera, o via en la heredad agena, para entrar, o salir en la suya. E dezimos: que quando vno otorgare a otro, que aya senda por su heredad, que estonce aquel a quien es otorgada, puede yr a pie, o caualgando solo o con otros, por aquel lugar, por do la senda fuere señalada, de manera que vayan vno ante otro, e non en par. E non pueden por y entrar carretas, nin bestias cargadas a mano. E si dixesse que le otorgaua carrera, puede por y traer carretas, e todas las otras cosas que de suso diximos. E por si auentura otorgasse via por su heredamiento, estonce dezimos, que puede yr por ella a pie, o caualgando solo, o acompañado; e leuar por y carretas, o maderas, o piedras, arrastrando, e todas las otras cosas que le fueren menester para pro de aquel heredamiento, por quel fue otorgada la via: e deue ser tan ancha la via, como fue puesto entre ellos, al tiempo quel fue otorgada: e por aquel lugar que la señalaron: e si estonce non fue puesto entre ellos, al tiempo que fue otorgada, quanto fuesse por ancho, dezimos que deue auer ocho pies. E si la via non fuesse derecha, por alguna tortura que ha en ella, en aquel lugar, que fuere tuerta, deue auer en ancho diez e seys pies, porque puedan boluer por y las carretas (1).

ART. 565. La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea

(1) Insertamos esta ley para dar á conocer la clasificación de la servidumbre de paso, pero haciendo constar que era voluntaria, no forzosa.

menor la distancia del predio dominante al camino público.

Concordancias.—Igual al art. 507 del proyecto de Código de 1851 é igual al 567 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 566. La anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante.

Concordancias.—Igual al art. 508 del proyecto de Código de 1851 y al 568 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 564.*

ART. 567. Si, adquirida una finca por venta, permuta ó partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe, éstos están obligados á dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario.

Concordancias.—Igual al art. 569 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 568. Si el paso concedido á una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño á otra que esté contigua al camino público, el

dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.

Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso á la finca enclavada.

Concordancias.—Igual al art. 570 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 569. Si fuere indispensable para construir ó reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado á consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue.

Concordancias.—Igual al art. 571 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXII, ley 7.ª* Reparando o alimpiando algun ome los caños, o las acequias, do se acogen las aguas de sus casas, o de sus heredades; maguer alguno de sus vezinos se tuuiesse por agrauiado de tal lauor como esta, por enojo que recibiesse de mal olor; o porque echassen en la calle: *o en el suelo de alguno que estuuiesse cerca de los caños, piedra o ladrillos o tierra, o alguna otra cosa de las que fuessen menester a aquella lauuor:* o atrauessasse las calles, en abriendo los caños con madera, o de otra guisa, fasta que ouiesse acabado la lauor; con todo esto, non la puede vedar ninguno, nin embargar, que se non fagan tales lauores como estas: por que es gran pro, e gran guarda de las casas, e aun aprouecha mucho en salud de los omes, de ser los caños bien reparados e alimpiados. Ca si de otra guisa estuuiessen, podría

acaescer, que se perderian, e se derribarian muchas casas por ende. Pero los que ouieren a facer tales lauores como estas, deuen guardar, que las fagan de manera que cuando fueren acabadas, non embarguen, nin tuelgan a otri en ninguna manera su derecho por razon dellas; e que finque el lugar en la manera que solia estar antiguamente.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 564, 565, 566, 567, 568 Y 569.—Concede el Código (art. 564) el derecho de paso al propietario de una finca ó heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público, estando comprendida también en esta disposición genérica la específica del art. 567, relativa al caso de una finca adquirida por venta, permuta ó partición, que quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe.

Este derecho constituye una servidumbre de naturaleza positiva, porque consiste en un uso específico de una cosa (paso) á favor del dueño de otra; es la expropiación legal de un uso de la cosa ajena.

El art. 564 cita sólo al propietario, de donde parece inferirse que sólo quien goce de esta cualidad jurídica tiene derecho á exigir el paso. Laurent sostiene que pueden exigir el paso todos los que tengan interés en el fundo, el usufructuario, el enfiteuta, porque el derecho se encuentra establecido, según el art. 682 del Código francés, para la explotación del fundo dominante, y aquéllos gozan de éste. Con su opinión coincide el Sr. Sánchez Román.

Aunque el caso sea discutible, asentimos también á la opinión de estos autores. El fundamento de la servidumbre de paso es la necesidad, y ésta existe lo mismo respecto del usufructuario que del propietario. Es principio jurídico el de que «aquel á quien se le concede un derecho deben concedérsele todos los medios necesarios para su ejercicio»; y un medio *necesario* es en el usufructo de una finca sin salida el derecho de exigir paso.

Además, el art. 479 otorga al usufructuario el derecho de gozar de las servidumbres que tenga á su favor la cosa usufructuada y, en general, de todos los beneficios inherentes á la misma, y si bien puédese alegar que se refiere á las servidumbres ya constituídas, cabe decir que la servidumbre de paso es *inmanente*, va unida al disfrute de la finca sin salida, y es lo cierto que el citado

artículo 479 equipara al usufructuario con el propietario en cuanto al goce de la cosa.

Sentado esto (aplicable al usuario y al que goce del derecho de habitación), con mayor motivo ha de poder exigir paso el enfiteuta, que tiene la condición legal de dueño.

Nace el derecho á establecer la servidumbre desde el momento en que una finca (rústica ó urbana) se encuentra enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público.

Es el primer requisito el que las fincas entre las que se encuentre aquélla á cuyo favor se establezca el paso, sean de propiedad ajena, porque si son del mismo dueño, puede pasar por ellas, por su propiedad, y llegar á camino público. ¿Y si adquiere ó tiene adquirida una cuota ó fracción en el predio sobre el que se trata de imponer el gravamen? Ya hemos tratado de este particular, aunque con relación á otro punto, en la extinción de las servidumbres por consolidación (art. 546). Por la adquisición de una cuota del fundo sirviente se adquiere el derecho á gozar de él comunalmente con los demás; pero siguen los derechos como dueño único del fundo dominante, porque son distintos é independientes de los nuevos que tenga sobre el otro, el sirviente.

No importa nada la clase de fincas que rodeen á la enclavada entre ellas; esto es, el derecho nacerá lo mismo, pertenezcan á un particular, que al Estado, la provincia ó el Municipio. La servidumbre de paso implica una idea de necesidad, y donde quiera que se presente ésta, surge aquélla.

El otro requisito, el principal, es que la finca no tenga salida á camino público. Las palabras del artículo inducen á afirmar que es menester para la imposición del gravamen que no tenga salida el fundo á un camino, y que éste sea público. ¿Será así efectivamente? Opina Laurent que cabe establecer el paso, no sólo cuando no hay salida á un camino, sino cuando éste es insuficiente; porque si un propietario sólo puede utilizar un sendero y necesita un camino, cabe considerarlo realmente enclavado, y añade que así lo ha establecido la jurisprudencia francesa.

Nosotros nos inclinamos también á esta solución. Si el fundamento del derecho de paso es la necesidad del predio dominante, la determinación, la realización del derecho ha de subordinarse á la necesidad. Si la del predio dominante exige una

vía más ancha que la del camino público, podrá exigir otra, porque aquélla es como si no existiese.

Y el mismo art. 564, en sus incisos segundo y tercero, demuestra que el paso ha de ser proporcional, digámoslo así, á las necesidades del predio dominante.

En cambio, pensamos que si éste tiene salida á un camino privado, del que puede gozar por convención con su dueño y es suficiente á la necesidad de aquél, no tendrá facultad para exigir el paso, mientras pueda utilizar el camino. El fundamento del derecho de paso es la necesidad, y en el supuesto de que hablamos no existe ésta.

Por esta misma razón será lícito exigir el paso cuando, habiendo camino, éste se haya destruído é inutilizado por inundaciones, desprendimiento de tierras, etc. No hay camino, y es preciso establecer una salida temporal, ó sea, mientras no se recomponga el destruído.

Conformes están también los autores en que no debe existir el derecho de paso cuando el estar enclavada la finca provenga de un hecho voluntario del dueño, por ejemplo, haber edificado por donde podía tener salida. Pero creemos que esta excepción es meramente personal, alcanza sólo al que incurrió en ella, de manera que si adquiere otra persona la finca, ésta puede ya reclamar el paso. Se trata de una penalidad de carácter civil, y la pena es por su naturaleza intransmisible.

Menciona también el artículo la palabra «finca» y la de «heredad», y este empleo de dobles palabras implica, en nuestro entender, no duplicidad, ó sea repetición de un mismo concepto, sino dualidad, dos diversos. El empleo del concepto «heredad» particular de los bienes rústicos, además del genérico «finca», sólo puede interpretarse en el sentido de que el precepto del Código es aplicable igualmente á los predios rústicos y á los urbanos, afirmación que, si bien á primera vista parece inútil, interesa mencionarla, porque conviene no olvidar que las Partidas hablaban de la servidumbre de paso con referencia sólo á las fincas rústicas.

En el caso del art. 564, al establecimiento de la servidumbre a de preceder la indemnización correspondiente, según que el bjeto de la servidumbre sea total ó parcial. Si es lo primero, si e constituye para todas las necesidades del predio dominante,

estableciendo una vía permanente, la indemnización consiste en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente. Pudiera inferirse de aquí que se trata de adquisición del terreno, puesto que se abona su valor, pero se desvanece esta idea con la consideración de que si fuera verdaderamente compra del suelo, el dueño podría destinarlo á cualquier uso (edificar, plantar y sembrar), y sólo admite el uso del paso. Además, si se tratase de propiedad de la cosa, prescribiría á los diez, á los veinte ó á los treinta años, según los casos, y en el de que se trata, el derecho adquirido prescribe por el no uso, á los veinte (art. 546, núm. 2.°), prueba de que es servidumbre.

Si la servidumbre es parcial, si se concreta al paso necesario para el cultivo de la finca y extracción de sus cosechas, sin establecerse, por tanto, vía permanente, la indemnización se limitará á los perjuicios que ocasione el gravamen.

El Código habla únicamente del cultivo, pero creemos que su disposición será aplicable aunque se trate de otro fin de un predio. Cabe generalizar su disposición, al menos por analogía, porque se encuentra consignada para distinguir el caso en que la servidumbre sea para todos los usos necesarios á una finca, ó sólo para alguno determinado. El paso obedece á la necesidad, y donde quiera que ésta se presente, nacerá el derecho á aquél, sin distinguir de predios urbanos ó rústicos; precisamente viene en apoyo de esta opinión la circunstancia de haber omitido el Código español, siguiendo á los extranjeros, la clasificación de las servidumbres en rústicas y urbanas.

Laurent, con referencia al Código francés, mantiene esta misma tesis. La palabra explotación, empleada en dicho Código, tiene un sentido general; se dice explotar una fábrica como explotar una granja. En este sentido se expresa la exposición de motivos del Código francés: «el interés general no permite que haya fundos colocados fuera del dominio de los hombres, y condenados á la inercia ó al no cultivo.»

Nuestro Código no habla de explotación, pero en el inciso segundo del art. 564, á diferencia del tercero, que menciona solo el cultivo, se refiere á «todas las necesidades del predio dominante».

A nosotros no nos cabe duda de que la servidumbre es común

á los predios rústicos y urbanos, tanto negativamente, ó sea porque no consta que se halle establecida de manera expresa y exclusiva para los rústicos, como positivamente, ó sea por la razón de la necesidad del paso, fundamento de éste.

Cuando el hecho de estar enclavada una finca entre otras, proceda de venta, permuta, *donación* (aunque no lo diga el Código, porque á igual razón, igual derecho) y partición, no hay que abonar indemnización alguna, á no pactarse lo contrario. Así lo declara el art. 567, sin duda porque en tal caso el hecho de quedar enclavada depende de la voluntad de los contratantes, del donante ó del testador, ó de los que intervienen en la partición; es decir, reconoce un origen voluntario, no forzoso, y sólo el mandato del legislador es el que debe dar derecho á indemnización en cuanto envuelve una imposición á la voluntad individual.

El precepto legal, atendido que es copia de otros extranjeros, tiene un antecedente doctrinal en la sentencia de 5 de Mayo de 1873, según la cual, «debe sobreentenderse con la servidumbre de paso la permuta de uno de los dos pedazos que constituían una sola finca, si no tiene el permutado otra salida natural, bastando el silencio de esta condición para que se entienda comprendida en lo convenido».

Como es regla fundamental en materia de servidumbre no agravar la condición del predio sirviente, ó en términos positivos, hacer lo menos gravosa la servidumbre, el art. 565 dice que ésta se establecerá por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y á su vez, dentro de lo posible, por donde sea menor la distancia del predio sirviente. Ha de procurarse conciliar ambas circunstancias, pero si no fuera dable tal armonía, prevalecerá lo primero, ó sea atender con preferencia á la de perjudicar lo menos al fundo, que á la de la menor distancia al camino público.

El Código se ha apartado de la ley de Partidas, calcada á su vez en el Derecho romano. Ya no hay senda, carrera y vía *(iter, actus* y *via)*, especies del género paso, determinadas por la manera en que se podía ir por el paso; á pie ó á caballo, con carretas ó como se quisiere, en relación con la anchura del camino; el Código, en su art. 566, dice que la anchura del paso será la que baste á las necesidades del predio dominante. La anchura se fijará, pues, al determinarse la clase de vía, conforme al art. 564,

esto es, si ha de ser permanente ó temporal y el sitio por donde ha de ir, porque entonces tiene necesariamente que señalarse el ancho del paso.

Confirma esto lo expuesto en diferentes lugares de este tomo, de que á las servidumbres legales de interés privado acompaña un elemento voluntario referente á la modalidad, es decir, al modo con que se presentan en la vida, á la forma en que encarna en la realidad el derecho concedido por la ley. Ésta otorga á las personas dueñas de ciertos fundos un derecho, pero la realización de éste (en las servidumbres positivas) queda á la voluntad de las partes, y sólo en caso de que alguna de ellas se niegue, es cuando se establecerá forzosamente en virtud del mandato de la autoridad judicial, seguido el juicio correspondiente.

Además de los modos de extinguirse las servidumbres consignados en la sección correspondiente, generales y aplicables á las legales de interés privado en los términos que allí dijimos, el art. 568 establece dos particulares de la servidumbre de paso. Estos modos afectan al derecho mismo, esto es, se extinguirá el derecho de exigir el paso, salvo si quedare de nuevo el predio enclavado entre otros.

Es uno de dichos modos la reunión de la finca enclavada á otra contigua á camino público, que cabe reputarla una consolidación ó confusión, y la apertura de un camino que dé acceso á la finca enclavada. En ambos termina la necesidad del paso forzoso, y extinguida la causa, debe suspenderse el efecto.

En ambos casos la servidumbre terminará á instancia del dueño del predio sirviente si devuelve la indemnización que hubiere recibido. Dedúcese de aquí que si no se verifica esta devolución, la servidumbre no se extingue.

De una especialidad de la servidumbre de paso, ó sea del paso forzoso, se ocupa el art. 569 del Código. Hay derecho á pasar por predio ajeno los materiales necesarios para la construcción ó reparación de un edificio, ó á colocar en él los andamios y otros objetos para la obra.

La razón del gravamen es la misma que la del paso en general: la necesidad. «Si fuere indispensable», dice el artículo, de donde se deduce que no podrá exigirse el paso cuando sea posible éste por un camino, ó cuando quepa establecerlo con menor incomodidad por otro fundo.

Como es una servidumbre temporal y parcial, lo primero en cuanto se limita al tiempo necesario para la construcción ó reparación del edificio, y lo segundo en cuanto se concreta á la construcción ó reparación, la indemnización consiste sólo en el perjuicio que se cause, cuyo importe se determinará por las partes de común acuerdo, y no habiéndolo, en el juicio correspondiente.

Aunque hemos dicho que es temporal, hay que entender esto respecto de su ejercicio, porque con relación al derecho, cabe considerarlo permanente en el sentido de que podrá exigirse siempre que se ofrezca la necesidad de la reparación ó construcción.

Los interesados serán también los que fijen el sitio por donde ha de pasarse, y en su defecto, la autoridad judicial.

Diremos, por último, que el precepto es aplicable á los predios rústicos y á los urbanos por las mismas razones expuestas con relación al paso en general.

ART. 570. Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso ó la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.

Concordancias. —*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES. —*Fuero Juzgo, libro VIII, titulo IV, ley 24.*—Si algun omne cierra la *carrera publica* de seto o de valladar, el que crebantar el seto o el valladar non sea tenudo de la emienda, y el que cerró la carrera, si es siervo, prendalo el iuez, e fágalo aducir al seto, e fagal dar C azotes: e constrengalo que abra la carrera cuemo solia ser, maguera que tenga y mies. E si es omne poderoso el que lo faz, peche XX sueldos: e los omnes de menor guisa que lo fizieren peche cada uno X sueldos. E toda esta pena devela aver el rey.

Fuero Juzgo, libro VIII, tit. IV, ley 26.—Si algun omne encierra ganado del que va por camino, porque lo falló el ganado en campo abierto, o en pasto desamparado, por dos cabezas de ganado peche las dos partes dun sueldo. E si lo echa fuera el ganado que non pasca por quatro cabezas dé tanto cuemo es de suso dicho á su sennor del ganado. E si el siervo faz tal enganno sin mandado de so sennor, el sennor de la tierra o el iuez le faga dar C azotes, y el sennor non aya nenguna calonna.

Fuero Juzgo, libro VIII, tit. IV, ley 27.—Los omnes que van por camino, en los campos, o en los logares de pascer, que non son cerrados, puedense deportar en ellos, o dar a pascer a sos ganados e a sus bestias, assique non deven estar en nengun logar mas de dos dias, se ge lo non consentiere el sennor del campo suyo es, nin deve taiar los arboles por la raiz, nin quemar sin voluntad de so sennor: mas bien puede pascer el ganado los campos, e los ramos de los arboles.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 6.ª—Fvente o pozo, seyendo en heredamiento de alguno, o estanque de agua, que estouiesse cerca de heredad de otros, si el dueño del agua les otorgare que puedan y beuer ellos, e sus labradores: e sus bestias: e sus ganados; por tal otorgamiento como este, deueles dar entrada, e salida en el heredamiento do es el agua, de manera, que puedan llegar a ella: cada que les fuere menester. Otrosi dezimos, que otorgando un omne a otro para siempre, que metiesse sus bueyes, o sus bestias con que labrasse su heredad, en algund prado, o defesa, por tal otorgamiento gana el otro seruidumbre en aquel prado, o en aquella defesa, e puede vsar della el, e los otros que ouieren aquella heredad, por que le otorgó aquella postura, e

maguer el vendiesse, o enagenasse aquel prado, ó aquella defesa, e el otro a quien pasasse, non les puede defender, que non vsen de aquella seruidumbre (1).

Novísima Recopilación, libro VII, tít. XXVII, ley 5.ª—22. Requerirán asimismo las cañadas Reales por los lugares y partes que los pastores, que son del dicho Concejo de la Mesta, fueren ó vinieren ó atravesaren ó estuvieren con sus ganados; y penarán y prenderán á los que hallaren las han cerrado, labrado ó ocupado; visitándolas y apeándolas por sus propias personas, estando presentes el Procurador del dicho Concejo de la Mesta y Escribano de la comision, sin que pueda faltar alguno dellos; y no lo cometan ni han de poder cometerlo al dicho Escribano ni otra persona, pena de veinte mil maravedís para la nuestra Cámara: y la medida de las dichas cañadas ha de ser de seis sogas de marco acordelado, cada soga de quarenta y cinco palmos, que hacen noventa varas; y esta medida se ha de entender entre panes y viñas: y á los que hallaren haber rompido ó ocupado en las dichas cañadas, por cada pedazo de tierra de media fanega abaxo les condenarán en quinientos maravedís, y por una fanega en mil, y á este respecto irán creciendo las condenaciones pecuniarias: y sus sentencias las executarán sin embargo de qualesquier apelaciones, que se interpongan así en las penas pecuniarias, como en reducir á pasto, como antes estaba, lo usurpado y ocupado; y si algo estuviere sembrado ó nacido, ordenarán y harán, que los ganados de los hermanos del dicho Concejo ú otros qualesquiera lo coman y pazcan libremente sin embargo de qualquier apelación.

23. Y si despues de executado e vuelto á pasto lo que así estuviere rompido, tomado ú ocupado, se volviere á romper, sembrar ú ocupar por qualesquier personas, Concejos ó comunidades; queremos y ordenamos, que la dicha pena sea doblada; y que asimismo se execute en qualquier cantidad sin embargo de apelacion, así en la restitucion á su antiguo estado y pasto como en las penas pecuniarias, creciendo al respecto de las fanegas que así se hubieren rompido y ocupado; las quales aplicamos en esta manera: las dos tercias partes al dicho Concejo de la Mesta

(1) Repetimos lo dicho respecto de los precedentes legales de las Partidas: la servidumbre en ellos ofrece un carácter convencional.

para ayuda á los gastos que ha de tener en la paga de sus salarios y de los demás ministros y oficiales del dicho Concejo, y la otra parte para el Alcalde mayor entregador que lo sentenciare.

Novísima Recopilación, libro VII, tít. XXVII, ley 11.—8. Si de resultas del reconocimiento de pastos, pasos, cañadas, cordeles, descansaderos, abrevaderos, que según lo mandado en el capítulo V, deberá executarse anualmente en cada Subdelegacion por el Procurador fiscal respectivo, hubiese éste de denunciar alguna contravencion ó exceso, lo executará por pedimento formal, con la expresion y en los términos que se dirá en el capítulo XV, ofreciendo desde luego la debida informacion de testigos ganaderos, y en su defecto de los más instruídos en las cosas del campo, que puedan dar razon clara é individual del sitio ó sitios donde principian las cañadas, cordeles, pastos, pasos, descansaderos y abrevaderos, y especificar los términos y terrenos de su situacion, y de consiguiente determinar y declarar los rompimientos, acotamientos, cercados, ocupaciones, exacciones y demás en que consista la contravencion ó el exceso.

9. Con presencia de esta información pasará el Subdelegado en persona al reconocimiento y medida de las cañadas, cordeles, pasos, pastos, descansaderos, abrevaderos y terrenos que sea necesario para la comprobación de la denuncia; á cuyo fin, el Procurador fiscal nombrará dos apeadores, y se citará á los reos, ó pueblo ó pueblos contra quienes se dirija aquélla, con señalamiento de dia y hora y la calidad de que por su parte nombren otros tantos peritos. Previas estas diligencias y hechas con toda formalidad la citacion ó citaciones necesarias, si los reos no nombrasen peritos, lo hará de oficio el Subdelegado (y de un tercero en caso de discordia) y se procederá por todos al reconocimiento, abriendo la cañada ó cordel donde sea necesario, por encontrarse el sitio donde debía haberle, ó renovando los mojones ó hitos si estuviese corriente; para lo qual llevará el Procurador fiscal la soga ó cuerda necesaria, debiendo tener entendido que la extension de la cañada ha de ser de noventa varas, la del cordel quarenta y cinco, y veinte y cinco la de la vereda.

COMENTARIO.—Conciso en extremo ha de ser el del art. 570. En el del 388, referente al derecho de cerrar las fincas rústicas, expusimos con extensión todo lo concerniente á la materia pro-

pia del primero, entre los que existe íntima relación. En efecto, el art. 570 es una consecuencia, un corolario del 388. Si conforme á éste, el derecho de cerrar las fincas rústicas ha de ser sin perjuicio de las servidumbres constituídas, es natural que sigan subsistentes las servidumbres que ya existían sobre dichos predios, conocidas con las denominaciones de cañada, cordel, vereda y otros; y las de abrevadero, descansadero y ma ada.

Como estos derechos constituyen una especialidad de las servidumbres en general, una materia especial, es comprensible y procedente la disposición del Código de que se regirán por la legislación especial, ó sean las ordenanzas y reglamentos del ramo.

Constituyen la última palabra en este particular el Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y el Reglamento para su ejecución de igual fecha.

Del primero es el artículo capital, el 12, según el cual, las vías pecuarias necesarias para la conservación de la Cabaña española y el tráfico de reses, son: cañadas, cordeles, veredas, coladas, abrevaderos, descansaderos y los pasos, siendo su anchura respectiva: cañadas, 75'23 metros (90 varas castellanas); cordeles, 37'61 (40 varas); veredas, 20'89 (25 varas); coladas y abrevaderos, tienen extensión indeterminada; el paso es el derecho de cruzar por determinadas fincas los ganados, después de levantados los frutos.

Como se ve, este artículo ha modificado, y casi más exacto, ha rectificado la medida superficial de las vías pecuarias, establecida por el Código, prevaleciendo indudablemente aquél sobre éste por ser disposición especial y posterior.

También es de competencia el inciso primero del art. 13 del Real decreto, en cuanto declara las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos bienes de dominio público, y, por tanto, imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legitimarse las roturaciones hechas en ellas. Los demás artículos, más ó menos pertinentes, se refieren á expresar: que las vías pecuarias en general están bajo la vigilancia de la Administración y la inmediata de la Asociación de Ganaderos (art. 14); que esta Asociación, como representante de la Administración, es quien tiene personalidad para comparecer en juicio al efecto de reivindicar las vías pecuarias (art. 15); que queda á cargo del Cuerpo de Ingenieros de Montes la conservación y mejora del arbolado de las

vías pecuarias en los montes públicos (art. 16); y que cuando la construcción de un ferrocarril ó una carretera exija la ocupación de parte de una vía pecuaria, se facilitará el paso de los rebaños con puentes ó pasos á nivel, y si la línea ó carretera hubiere de seguir la misma dirección que la vía pecuaria, se adquirirá de los terrenos limítrofes la porción necesaria para agregarlo á la misma.

Del Reglamento pueden citarse el tít. III, «Del deslinde de las vías pecuarias», y el IV, «De la penalidad en que incurren los intrusos y usurpadores de las vías pecuarias», cuyo examen, por su carácter administrativo y penal respectivamente, no es propio de este lugar.

Mencionaremos también la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de 26 de Junio de 1893, según la cual es nulo el deslinde de vías pecuarias existentes en terrenos de propiedad privada, practicado por la Junta de Ganadería, sin citar en el expediente al dueño, y tratarse de un estado posesorio de varios años, correspondiendo la cuestión á los Tribunales ordinarios en el juicio civil correspondiente.

El inciso último del artículo habla de las servidumbres que se traten de establecer, no de las ya existentes. Para su constitución regirá, si es la de paso, lo dispuesto en la sección correspondiente, y si es la de abrevadero, los artículos 555 y 556. En un caso y otro, el paso no podrá exceder de 10 metros. Aquí ya no hay la distinción de cañada, vereda, cordel, etc., especies del paso, sino éste con un máximum de anchura, dentro de cuya medida podrá fijarse la que sea necesaria.

SECCIÓN CUARTA

De la servidumbre de medianería.

Constituyen la no muy exactamente llamada «servidumbre de medianería», todos aquellos derechos y obligaciones que dimanan de la existencia y disfrute en común de una pared, cerca, vallado, seto, etc., por parte de los dueños de edificios ó predios contiguos, separados por dichas divisiones. La necesidad, pues,

de tal servidumbre de medianería arranca de la exigencia legal que precisa una norma jurídica reguladora de las diferencias que, en otro caso, podrían surgir entre dichos propietarios colindantes, origen legal éste, idéntico al que tienen casi todas las otras servidumbres tanto legales como voluntarias.

La servidumbre de medianería no pudo, por tanto, existir, por lo que á los edificios hace referencia, hasta que éstos empezaron á construirse unidos. He aquí por qué en los primeros tiempos del Derecho romano no hubo de encontrarse regulada legalmente, ya que, según la ley de las Doce Tablas, los edificios habían de estar aislados unos de otros y á distancia de dos pies y medio de anchura. Sin embargo, en el Digesto se encuentran ya huellas que denuncian, en la población romana, la existencia de edificaciones contiguas, por cuanto las *leyes 8.ª, 13, 19, tít. II, libro 8.°, y 4.ª, título XIII, libro 33,* hacen clara alusión á la pared medianera de edificios colindantes. No obstante este último precedente, la legislación de Partidas, como todas las demás nacionales, guardó en materia de medianería un silencio inexplicable, desde el momento en que el sistema de edificación urbana seguía siendo el mismo á que hacen referencia las mencionadas leyes del Digesto, y cuando los precedentes legales entonces eran tan escasos que se hacía preciso el que imperasen únicamente, como normas de Derecho, las prácticas anticuadas de una jurisprudencia escasa, los preceptos de Ordenanzas locales, en muchas partes dictadas solamente por el capricho ó manera de ser especial de cada pueblo, y á falta de todo esto, las reglas del buen sentido, que cada legislador ó Tribunal interpretaba ó en-

tendía, como es de suponer, á su modo individual de ver el problema jurídico en cada caso concreto.

El proyecto de Código civil de 1851 y, á su ejemplo, el de 1882, llenaron suficientemente las lagunas que, en tan interesante parte del tratado de servidumbres urbanas, se notaba, dando motivo á que nuestro Cuerpo legal novísimo comprendiera en la sección cuyo estudio comenzamos, no solamente los casos que aquellos proyectos previeron, sino los que la práctica judicial posterior y las enseñanzas técnicas de Corporaciones profesionales muy respetables han señalado hasta el presente momento. Por esto, á la anterior carencia de preceptos reguladores de la servidumbre de medianería, ha sustituído hoy un estado legal de previsor y completo resumen de disposiciones, cuales son las que constituyen el objeto de los artículos 571 al 579, que, unidas á las abundantes y también previsoras del Derecho foral, pueden dar solución, con las reglas de analogía, que son su consecuencia, á la multiplicidad de problemas que seguramente la práctica ha de ofrecer.

Del ligero concepto que de la medianería hemos dado puede ya deducirse que es una servidumbre (dentro del tecnicismo del Código) establecida por la ley. Aunque los particulares no la tengan prevista, su necesidad, y, por tanto, existencia legal, han de mostrarse con incontrastable evidencia. Siempre que un edificio se construya inmediatamente unido á otro, y ambos pertenezcan á distintos dueños, las facultades de disfrute de uno de éstos, por lo que á la parte adyacente de la edificación hace referencia, han de encontrarse igualmente en contacto ó relación con las del otro.

Esto es incuestionable; y por ello, antes que el capricho ó la voluntad individual determinasen en cada conflicto lo que procedía resolver para salvar la libertad de dominio de los propietarios, en su respectivo predio, el Derecho, *para todos los casos*, había imprescindiblemente de dictar reglas de justicia que rigieran con independencia y á falta de convenios entre los interesados, para cuya formalización siempre están éstos autorizados, mientras no contradigan preceptos morales ó jurídicos esenciales. Por la expuesta razón trata nuestro Código civil de la servidumbre de medianería en esta sección cuarta del capítulo II, cuyo epígrafe titúlase «De las servidumbres legales», pertenecientes al tít. VII del libro II de dicho Código.

El derecho de medianería tiene más apariencias legales de un caso de comunidad de bienes que de servidumbre, aunque reconozcamos en él ciertas anormalidades que no convienen con determinados caracteres de aquella institución.

Indudablemente que en él no puede decirse que existan pro-indivisos los muros, paredes ó vallados medianeros, condición esencial que, para la comunidad de bienes, exige el art. 392 del Código, puesto que de la denominación de "medianería" y de los usos á que se destinan dichas formas de separación de construcciones ó de predios se infiere que cada propietario colindante tiene el disfrute de la mitad de pared, vallado, etc., limítrofes con su casa ó finca, y así viene á desprenderse del contexto de los artículos 575 y 579 de esta sección, excepción hecha, como es natural, de todos aquellos usos comunes á ambos propietarios sobre la medianería y los que libremente se concierten, y deter-

minen un aprovechamiento exclusivo en favor de un solo dueño respecto á dicha medianería.

Sin embargo, por lo menos dicho derecho supone una copropiedad en que las distintas partes de dominio están representadas por porciones materiales y fácilmente divisibles, pues, como dice una sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Marzo de 1888, la pared medianera divisoria de dos fincas urbanas es del dominio común de los propietarios colindantes, cada uno de los cuales tiene, por consiguiente, el derecho de que sirva de cerramiento á su finca en toda la altura que le convenga dar á la primera, mientras lo permitan las Ordenanzas municipales. Y esto resulta á todas luces evidente, porque es indiscutible que, por virtud de la contigüidad de predios, en un mismo objeto adquiérense derechos y obligaciones enlazados entre sí, y que han de subordinarse en lo esencial á la necesidad de mantener incólume esa relación jurídica que hace por todo extremo necesaria, como ya hemos dicho, la coexistencia social en ese punto concreto de la armonización de derechos entre dueños de predios limítrofes.

Lo que menos se percibe en el derecho de medianería es el aspecto de servidumbre, pues ni es fácil apreciar qué finca de las que separa la pared medianera es la dominante, ni cuál es la sirviente, á no ser que indistintamente ejerzan de tales una y otra, por ser correlativos los derechos y obligaciones en los dueños de ellas; ni tampoco se ve claro dónde está la parte de gravamen que un predio exclusivamente ha de sufrir en beneficio de otro, pues la disposición ya recordada del art. 579, en uno de sus extremos, alude únicamente á servicios que puede realizar un propie-

tario colindante, pero sólo en la parte de propiedad que se reputa suya, es decir, introduciendo vigas hasta la *mitad* de espesor de la pared medianera y nunca más allá. Servidumbre existiría adquiriendo uno de los dueños de aquélla el derecho de apoyar en un muro medianero maderas, carreras, pisos ó columnas de nuestra propiedad; pero de esta servidumbre, como dice acertadamente un tratadista español, no se ocupa la sección presente, y además podría denominarse todo menos servidumbre de medianería, mereciendo más bien la calificación tradicional en nuestro Derecho de servidumbre *oneris ferendi, projiciendi* ó *tigni inmitendi*.

Es lógico el método que las diversas disposiciones de esta sección siguen en su desarrollo cronológico. Antes de regular las facultades y deberes que asisten á los dueños de predios divididos por pared ó vallado medianero, natural es saber cuándo, para los efectos legales solamente, se *reputa* que existe medianería y cuándo no, pues no siempre la contigüidad de fincas rústicas ó urbanas indica la procedencia legal de dicha servidumbre. En lugar de existir la copropiedad á que antes aludíamos, bien pudo haberse establecido un dominio exclusivo y aislado en el disfrute de las paredes ó setos divisorios, porque así conviniera más á sus propietarios, ó porque libremente quisieron así tenerlo dispuesto; en tal caso, evidente es que no han de regir los preceptos de esta sección, sino los generales que en materia de dominio individual tiene establecido en otras partes nuestro Código civil.

ART. 571. La servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las ordenan-

zas y usos locales en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

Concordancias.—Igual al art. 511 del proyecto de Código de 1851 y al 572 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Como es asunto que tan de cerca toca á la policía urbana y al régimen diverso de construcción de edificios en cada población, claro es que nuestro Código civil había de sancionar, en el primer precepto destinado á tratar de la servidumbre de medianería, el principio de que ésta se regirá por las Ordenanzas y usos locales, en cuanto á detalles y pormenores de reglamentación de la misma, respetándose, como es natural, las fundamentales reglas consignadas en los no muy numerosos artículos de esta sección, los que habrán de prevalecer contra disposiciones de las Ordenanzas ó usos locales que los contradigan. Es, por otra parte, más propio de aquéllas la regulación de particulares que varían hasta lo infinito, según el modo de ser diferente de cada comarca ó población, por cuyo motivo habría de serle difícil á un Código civil, publicado para que rigiese por igual en todo, ó la mayor parte, del territorio nacional, precisar y reducir á regla de unidad esos diversos criterios y particularismos regionales en materia de construcciones urbanas.

***

Véase, sin embargo, cómo dichas reglas particulares respetan principios fundamentales de Derecho y constituyen al propio tiempo un ejemplo de la minuciosidad á que algunas Ordenanzas tienen que acudir para cumplir uno de los fines que la policía de los Ayuntamientos persigue, y se comprenderá que á tal extremo no podría llegar ningún Código civil, que no fuera exclusivamente regional, aunque con ello se toque y haga referencia á muy interesantes derechos privados.

Las Ordenanzas de Santander, publicadas en 1863, al hablar de pared medianera, definida por el art. 120, diciendo que es la

que se halla construída sobre igual terreno de dos propietarios, y pertenece mancomunadamente á entrambos, prevén en sus artículos 117 y 119, que siempre que el hogar y cañón que sirve para dar salida al humo, se construyan tocando en pared medianera, que no sea entramada, no se hará roza alguna en ella, cualquiera que fuese su construcción. Y aunque la pared medianera, á la cual se arrimen el hogar y el cañón, no puede ofrecer riesgo alguno, siendo de dicha clase, se examinará con cuidado si, por el lado que pertenece al vecino, hay introducida alguna carrera, solera ó madera del suelo, que correspondan al respaldo del hogar que se trata de construir; en este caso, se reforzará el respaldo con un tabicado sencillo de ladrillo ó una plancha de hierro. Los cañones de chimenea saldrán rectos sobre el tejado, y en el caso de arrimar á pared medianera, dominará su altura á la de la casa contigua, sin que sea permitido dar salida á los humos por la posesión inmediata, calles públicas, ni aun por los patios, siempre que se cause incomodidad al vecino, etc.

Por el estilo de los relacionados preceptos existen innumerables en las demás Ordenanzas, no sólo de capitales de provincia, sino también de poblaciones de alguna importancia, y los cuales es inútil extractar, por cuanto en cada caso determinado habrá que acudir á los mismos para regular el conflicto legal del momento, si es que, en caso de deficiencia de tales preceptos ó de los cardinales del Código, no es necesario invocar el uso local, que también variará extraordinariamente, según los pueblos y la diversidad de tradiciones legales. Sin embargo, no renunciamos á dar conocimiento de algunas muy interesantes y fundamentales disposiciones, que substancialmente concuerdan con otras, que examinaremos, de nuestro Código civil, extractadas aquéllas de las Ordenanzas municipales de la ciudad de Oviedo y su término (año de 1882). Determina su art. 164 que todo propietario podrá abrir ventanas de ordenanza en pared medianera ó contigua que caiga sobre terreno de otro, siempre que se hallen á dos metros y veinte centímetros de altura del pavimento de la habitación á que den luz... Prescriben los artículos 165 al 171, como pertinente en estos momentos, que todo rompimiento en pared medianera que no tenga el consentimiento expreso del vecino, se considerará de mera tolerancia, y podrá éste suprimir las vistas ó luces siempre que le conviniere, y cerrarlas cuando levantase

su casa; todo dueño de pared medianera que quiera hacer uso de su derecho, edificando encima de ella, introduciendo las cabezas de las soleras ó ejecutando cualquiera obra lícita, por pequeña que sea, no podrá verificarlo sin el consentimiento del condueño, y, caso de negativa de éste, se hará lo que determinen peritos nombrados en la forma ordinaria; no se permite á ninguno de los dueños de pared medianera rozar ó menoscabar el grueso de ésta para abrir nichos, alacenas, chimeneas ni cosa semejante; cuando una pared no es medianera, sino contigua, no podrá el vecino arrimar á ella cosa alguna, como montones de piedra ó estiércol, pues el goce de la pared es exclusivo del que la construyó; todo dueño de pared medianera podrá levantarla, indemnizando á su condueño por la mayor carga que soporte; pero si esta elevación fuese tal que no la resistiese la medianería, será obligación del que hace la obra, la construcción de la pared medianera hasta ponerla en estado de solidez bastante á resistirla, y pagar los perjuicios que ocasione; en el caso de que la medianería estuviese ruinosa, todos los propietarios tendrán el deber de reconstruirla en la proporción que cada cual tenga en la pared, y con el mismo espesor y altura que tenía; cuando se abre una pared sobre otra medianera, se verificará tomando el grueso de aquélla; todo el que pretenda construir arrimando á pared contigua tiene el derecho de adquirir la medianería en todo ó parte, pagando la mitad del valor del muro en el estado en que se halle y la mitad del terreno en que descanse.

Refiriéndose á la inteligencia exacta de nuestro art. 571, resulta, pues, que éste ha querido establecer una especie de derecho supletorio del Código en materia de servidumbre de medianería, extensivo hasta las disposiciones ó usos de carácter local, cuya aplicación no contradiga las terminantes del segundo.

Y ¿qué debería de aconsejarse cuando en un caso especial jurídico de medianería no existiesen ni precepto expreso del Código ni costumbre ó uso local que aplicar? Esto puede ocurrir con alguna frecuencia, y, por tanto, creemos que el artículo que comentamos no ha previsto sobre el particular todas las contingencias posibles. Para entonces aconsejaríamos que se recurriera al artículo 6.° (párrafo 2.°) del Código, según el cual, cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales

del derecho; y también entendemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como explicatoria de los mismos y hasta inspirada en ellos, cuando otra fuente legal más inmediata no exista con referencia al problema litigioso concreto. Buena parte de dichos preceptos generales están contenidos ó equivalen á las llamadas reglas del Derecho, muchas de las cuales se encuentran insertas en las 27 leyes del tít. XXXIV, Partida 7.ª, que conceptuamos siempre como vigentes.

El Derecho foral contiene muchas y muy características prescripciones respecto á la servidumbre de medianería. *Los estatutos y ordinaciones de los montes y huertas de la ciudad de Zaragoza,* vigentes por Real cédula de 22 de Mayo de 1772, expresan, por ejemplo, que la tapia que se construya entre dos heredades, por convenio de los dueños, se levantará en la margen intermedia, con tierra por mitad de uno y otro predio, y á costa de ambos dueños en igual proporción; que los dueños de las heredades colindantes deberán construir de nuevo las tapias caídas sin culpa de ninguno de ellos, aunque si cualquiera de éstos quisiera mejorar su altura ú otras condiciones, no le será imputable al otro el exceso de coste por tal causa; que si alguno de los dueños se negare á pagar la mitad del coste de la tapia medianera caída, alegando el acuerdo de dejar abierta su heredad, quedará relevado del pago de dicha obra, siempre que se derriben las demás tapias hasta dejarla abierta por todas partes; que el que cerca de tapias su heredad, antes abierta, lindante con otra heredad cerrada, abonará al dueño de ésta la mitad del valor del cerramiento de que se aprovecha; que, en el caso de caer la tapia ó pared medianera, por haberse mojado al regar la heredad de uno de los dueños, deberá éste reedificarla á su costa; que, si al construirse tapias, comprendiese dentro de ellas algún camino existente al lado de las heredades, siendo dicho camino antiguo, deberá de volverlo á abrir como antes estaba, etc., etc.

Las fuentes legales en Cataluña para el estudio y reglamentación del derecho de medianería son las *Ordinaciones ú Ordenanzas de Sanctacilia,* el Privilegio *Recognoverunt Proceres* y las *Costumbres de Tortosa,* principalmente, cuyas disposiciones están, en su mayor parte, tomadas del Derecho romano. La medianería ó *mitjera,* en Cataluña, existe por la costumbre general que hay en el Principado de que los dueños de las casas construyan por mitad

las paredes que separan á aquéllas, cimentándolas también por mitad en los solares de ambos, levantándolas á lo largo; cuando no se construyen á un mismo tiempo las dos casas, el que levanta la primera ocupa por mitad ambos solares, si bien habrá de reintegrarse de la pared medianera cuando el segundo levante á su vez la edificación. Por esto en dicha Ordenanza y Privilegio citado se ordena que no pueda cargarse en la pared que el vecino hubiere construído, aunque el terreno sea medianero, sin haber satisfecho la mitad del importe de aquélla, salvo pacto en contrario. Si la pared medianera, antes construída, no fuera bastante para soportar la carga de la nueva edificación, el dueño de ésta podrá destruirla, siendo sus materiales para el primer edificante que la construyó, y deberá aquél volver á levantarla con las garantías necesarias. Las Ordenanzas también disponen que pueden hacerse las edificaciones con aproximación á la pared medianera ó de exclusiva propiedad del vecino, excepción hecha del caso de haber lucerna adquirida por la prescripción ó por escritura, debiendo en este caso dejar enfrente de dicho hueco un espacio ó patio de cuatro palmos, en cuadro, de *cana de destre* (medida catalana dividida en doce palmos, y éstos en doce dozavos, y equivalente á catorce palmos, dos quintos de la cana común de Cataluña); el espacio de cuatro palmos de *destre* en cuadro se denomina allí vulgarmente *anidrona*. Ningún medianero sin licencia puede hacer pasar por paredes de esta clase agua en canales ó caños de barro, sin permiso del propietario vecino, ni empotrar conductos de ninguna especie para conducir aguas, á no ser que éste los tenga asimismo en dicha pared medianera; y las aguas de fregadero sólo pueden conducirse inmediatas á aquélla haciendo un revestimiento de piedra y argamasa, con la cual se separe de la pared y sus cimientos el fregadero y cañería del agua. Según las Ordenanzas 19 y 45, sólo por una contrapared de piedra y argamasa, de palmo y medio de espesor y de un palmo más alta de lo que fuere la tierra ó inmundicia, cabe construir letrina cerca de la pared medianera. La Ordenanza 21 prohíbe apoyar en pared medianera telares de tejer, los cuales deben alejarse un palmo, para que el golpe de los telares no perjudique á dicha pared.

El Derecho foral de Navarra, Vizcaya y Guipúzcoa nada dice con especialidad de la servidumbre de medianería.

ART. 572. Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, ó signo exterior, ó prueba en contrario:

1.° En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.

2.° En las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo.

3.° En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Concordancias —Igual al art. 512 del proyecto de Código de 1851 y al 573 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Libro III, tit. IV, ley 5.ª del Fuero Real de España.*—Si dos omes hobieren alguna cosa de consuno, y el uno dellos quisiere facer por medio pared, por haber su parte extremada, ambos deben dar el lugar para cimiento por medio, e hayan la pared de consuno; e si el uno no quisiere dar su parte del lugar del cimiento, nin facer la pared, el otro faga la pared en lo suyo e sea suya la pared: e si aquel que no quiso facer la pared arrimare alguna cosa aquella pared, tomelo todo el dueño que fizo la pared, y sea suyo.

ART. 573. Se entiende que hay signo exterior, contrario á las servidumbres de medianería:

1.° Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos.

2.° Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte posterior, teniendo en la inferior relex ó retallos.

3.° Cuando resulte construída toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

4.° Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua.

5.° Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construida de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades.

6.° Cuando la pared divisoria, construída de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie sólo por un lado y no por el otro.

7.° Cuando las heredades contiguas á otras defendidas por vallados ó setos vivos no se hallen cerradas.

En todos estos casos la propiedad de las paredes, vallados ó setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tenga á su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados.

Concordancias.—Análogo al art. 513 del proyecto de Código de 1851 é igual al 574 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 2.ª* Vrbana seruidumbre, diximos en la ley ante desta, que ha nome en latin, aquella que ha vn edificio en otro; assi como quando la vna casa ha de sofrir la carga de la otra poniendo en ella pilar, o coluna, sobre que pussiesse su vezino viga, para fazer terminado, o camaras, o otra lauor semejante della...

ART. 574. Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halla de un solo lado, en cuyo caso la propie-

dad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga á su favor este signo exterior.

Concordancias.—Igual al art. 514 del proyecto de Código de 1851 y al 575 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

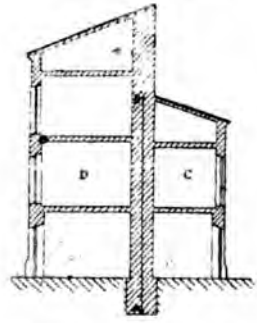
COMENTARIO.—Se completan recíprocamente los artículos anotados 572, 573 y 574, por referirse los tres al primer problema previo en materia de servidumbre de medianería, ó sea el de la existencia de la misma, ya que, según dijimos, no siempre la contigüidad de predios supone tal existencia. Hay, como quiere indicar el art. 572, una especie de presunción *juris tantum* en favor de la medianería, mientras no haya un título, signo exterior ó prueba en contrario, ó sea las condiciones á que igualmente alude el art. 1.251 de nuestro propio Código, al afirmar que las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba. Y no podía procederse de otro modo en el caso actual de la servidumbre de medianería, porque, si bien la regla general es que la pared, vallado, seto ó cualquiera suerte de separación entre predios rústicos ó urbanos indica ser de construcción común, ó que por cualquier título ha venido á hacerse de la comunidad de los colindantes, son muchos y frecuentes los casos en que ocurre lo contrario. De modo que, adóptese la forma directa que emplea nuestro Código, en consonancia con otros extranjeros, ó empléese la indirecta de no reputarse existente la servidumbre de medianería mientras no se cumplan determinados requisitos, siempre resultará en el fondo el mismo principio, pues, como expresan los Códigos de Méjico y Guatemala (artículos 1.101 y 1.246), cuando hay constancia que demuestre quién fabricó la pared que divide los predios, el que la costeó es dueño exclusivo de ella; si consta que se fabricó por los colindantes, ó no consta quién la fabricó, es medianera. Y de este modo, quedan previstos los dos casos y resueltas las contingencias legales, que en un sentido ú otro puede ofrecer la adherencia

de edificios, jardines, corralés y demás predios rústicos. Esto por lo que respecta á la inteligencia del párrafo inicial del art. 572.

Según dicho artículo, no puede legalmente darse la medianería más que entre edificios, entre jardines ó corrales, sitos en poblado ó en el campo y entre predios rústicos; no al parecer entre una casa y un jardín, entre un predio rústico y otro urbano; por esto el Código de Méjico (art. 1.103, núm. 6.°) dice que hay signo contrario á la medianería cuando la pared fuere divisoria entre un edificio del cual forme parte y un jardín, campo, corral ó sitio sin edificio. El art. 572, además de sentar el principio general en materia de servidumbre de medianería, tiene aquel objeto, el de referir entre qué bienes inmuebles se da dicha servidumbre. El primer caso no sólo es el más natural, sino el más frecuente; las paredes divisorias de dos edificaciones son medianeras, no habiendo título, signo exterior ó prueba en contrario, hasta el punto común de elevación, porque sólo hasta éste se relacionan los edificios, y en esa única extensión están ambos viviendo del mutuo apoyo que se prestan; desde dicho punto hasta el de mayor elevación de la casa más alta, ésta subsiste por sí sola, aunque en algunos casos pueden los mejores ó peores cimientos de la pared medianera, ó la mayor ó menor resistencia de ésta, influir sobre la solidez de dicha casa, y por esto, todo propietario puede alzar la pared medianera (que ya no lo es desde el momento en que no separa ó divide dos edificios) á sus expensas, y profundizar los cimientos de la misma y aun darle mayor espesor.

Fig. 1.ª

(Art. 572, núm. 1.°)



Pared divisoria de edificios.

Ejemplo tenemos en la figura 1.ª: la pared divisoria de los dos edificios *C* y *D* es medianera hasta *B*, punto común de elevación, y desde éste de propiedad individual, del dueño del edificio *D*.

Si bien es lo corriente que dicha pared constituye una línea

divisoria, que deje á ambos lados igual porción de terreno y de muro de cada colindante, puede ocurrir que no se dé tan exacta proporción matemática, porque, según sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 1865 (no contradicha por el vigente Código), no es legal la doctrina de que «para ser una pared medianera es necesario que se construya sobre la línea divisoria de dos distintos fundos en terreno de entrambos, ó que medie pacto concediendo este derecho, ó que haya habido el uso por todo el tiempo que previene la ley, ó por disposición testamentaria», porque legalmente puede existir medianería sin que se den esos requisitos. Basta sólo que la pared separe las dos edificaciones y que no haya pruebas, título ó signo exterior en contrario que atribuya la pertenencia de aquélla á uno de los propietarios exclusivamente.

También el Tribunal Supremo tenia ya establecido como doctrina legal, la contenida en el núm. 1.° del art. 572, pues la sentencia de 10 de Mayo de 1884 afirma que la pared divisoria de dos casas, en defecto de pruebas en contrario, puede reputarse medianera solamente en los puntos en que ambas concurren, porque el derecho está en edificar libremente de suelo á cielo con pared contigua, cuando no hay medianera; entendiéndose asimismo que, según otra sentencia de 16 de Marzo de 1888, la pared medianera divisoria de dos fincas urbanas es del dominio común de los propietarios colindantes, cada uno de los cuales tiene, por consiguiente, el derecho de que sirva de cerramiento á su finca en toda la altura que le convenga mientras lo permitan las Ordenanzas municipales. Por lo que indican las expuestas consideraciones, conviene tener muy en cuenta las reglas y advertencias que los autores de Arquitectura legal dan para cuando hayan de construirse edificios sujetos á pared ó paredes medianeras, con el objeto, no sólo de asegurar la solidez de los mismos, sino también evitar conflictos legales con los propietarios limítrofes respecto á la existencia de la medianería y á las condiciones en que ésta debe de respetarse.

El segundo caso del art. 572 se refiere ya, no á edificaciones ó construcciones que sobresalgan del suelo, sino á superficies planas, al simple terreno convertido en jardines ó corrales, sitos éstos en poblado ó en el campo. El caso es todavía más sencillo que el del número primero, puesto que resulta muy natural su-

poner que, interesando á los dueños de dichos jardines ó corrales tener éstos cerrados y libres de invasiones ajenas, no habrán de hacer la separación cada uno por sí solo, sin relación entre ambos, ni desligarse completamente en cuanto al mantenimiento y conservación del muro medianero, estando ya éste construído por uno de los colindantes. De modo que, á no existir convenio, cualquier otro título ó prueba en contrario ó alguno de los signos aplicables que menciona el siguiente art. 573, está bien dispuesto que las paredes que separan jardines ó corrales se entiendan de la propiedad común de los dueños de aquéllos, quienes han de contribuir á su mantenimiento y conservación en la forma que expresa el Código. Del precepto que contiene el núm. 5.° del artículo 573, deducimos un requisito que ha de concurrir en el caso que explicamos, ó sea, el de que la pared divisoria entre patios, jardines y heredades, esté construída de modo que la albardilla (es decir, la parte superior ó límite que corona la pared) vierta indistintamente hacia las dos propiedades ó que su paramento sea completamente horizontal, pues en otro caso, dirigiéndose la albardilla hacia uno de los dos predios solamente, se entiende que el muro ó pared es del dueño de aquél.

¿Será condición precisa la de que los jardines ó corrales de que hablamos estén cerrados ó cercados, para que se entienda medianera la pared que á aquéllos separa, cual ocurre con los predios rústicos delimitados por cercas, vallados y setos vivos? No es corriente ver jardines ó corrales abiertos; sin embargo, tal contingencia es posible y aun frecuente en ciertas comarcas. El Código civil chileno (art. 853, § 2.°) resuelve la dificultad, presumiendo medianero todo cerramiento entre *corrales*, *jardines* y campos, cuando cada una de las superficies esté cerrada por todos lados; si una sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento pertenece exclusivamente al dueño de ésta. Lo propio hace el Código portugués (núm. 4.°, § 1.°, art. 2.337) al referirse en general á predios contiguos, cuando considera señal exterior contraria á la existencia de servidumbre de medianería, la de no hallarse aquél igualmente cercado por otra parte. Nuestro Cuerpo legal omite la resolución de esta duda, porque el número 7.° de su art. 573 menciona solamente las heredades contiguas á otras defendidas por *vallados* ó *setos vivos*, sin que otros preceptos del mismo descifren tal particular; pero es indudable

que la razón de derecho, para exigir el requisito del cerramiento, es idéntica tratándose de jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo, que de las referidas heredades; porque lo mismo en un caso que en otro, la no existencia de pared, vallado ó seto vivo, indica bien á las claras que el propietario de la finca que en tales circunstancias se encuentre, no debió de tener parte en la construcción de la pared contigua á la heredad cerrada por sus cuatro lados, á no ser que un título ó prueba demostraran otra cosa, pues entendemos que entonces estos elementos tendrían eficacia sobre la existencia del signo exterior mencionado. Concurriendo, por tanto, idéntico motivo legal, igual debe ser la disposición del derecho *(ubi est eadem ratio legis, eadem debet esse juris dispositio);* y por lo mismo, aplicando los principios generales del Derecho á que alude el párrafo último del art. 6.° del Código, ó sea el llamado de analogía, en la interpretación de las leyes, estimamos indispensable para la presunción de la servidumbre de medianería en las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo, la circunstancia de que tales predios se hallen cerrados.

Es preciso dar comprensión general á las palabras «jardines y corrales», para entender en ellas incluídos á los demás predios, que no sean edificios, separados entre sí por pared, como huertas, patios, campos, etc. Por esto, mejor debió el legislador español usar palabras genéricas, como heredades, predios, posesiones, cual hacen muchos Códigos extranjeros, ya que de todos modos hay que hacer extensivos los principios legales que en materia de servidumbre de medianería explicamos, á toda clase de predios, ya sean rústicos ó urbanos, separados por paredes, cercas, vallados ó setos vivos. Así también lo da á entender el contexto del núm. 5.° del artículo siguiente, 573, que corresponde con el 2.° del 572, cuyo comentario exponemos, pues además de citar los jardines y corrales, añade patios y heredades, con lo cual quedan comprendidos los demás predios que antes enumerábamos, si bien no quedan excusados ni justificados el olvido y falta de cuidado del legislador español al no prevenirse contra tan evidentes deficiencias.

El núm. 1.° del art. 572 se diferencia de los 2.° y 3.° por razón de la clase de predios separados por pared medianera; en uno se trata de edificios, en los demás de heredades que no son edifica-

ciones; los números 2.° y 3.° se distinguen por la clase de la separación medianera, pues en aquél se habla de paredes, muros, es decir, cerramientos ó separaciones de cierta altura y grueso, ordinariamente hechas de piedra y piedra y cal, y en el último de demarcaciones ó límites de menor importancia y longitud, construídas, ya con piedra, piedra y cal, substancias vegetales que viven del sustento de la tierra ú otras de análoga índole, destinadas especialmente á tales usos; en ambos casos los predios son rústicos ó urbanos, pero no edificios.

Las tres formas de cerramiento que indica el núm. 3.° del artículo 572, son las más usuales en los predios rústicos. Los vallados y cercas son obras de construcción, los setos de plantación ó de producción espontánea, porque el Código habla de los vivos, es decir, de los que se alimentan de la tierra. Al parecer, en los setos muertos no hay medianería, quizá por la pequeña entidad que representan para el efecto de su propiedad y separación; sin embargo, á veces podrían influir por lo que respecta al terreno que comprendan, que será mayor ó menor para cada uno de los propietarios colindantes, según se hubieren sujetado ó no á las reglas de la medianería, sobreentendiéndose ésta la mitad del espacio comprendido por el seto muerto de cada uno de los dueños limítrofes. Dada tal contingencia, conviene, por lo que proceda, tener presentes las reglas sobre deslinde y amojonamiento que determina el art. 385 del Código.

Entiéndase, con arreglo al art. 593, que los árboles existentes en un seto vivo medianero son también medianeros como el seto, y cualquiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo, á no ser que los árboles sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes. Bien podría, para mayor armonía y unidad, hacerse en la parte del Código que estudiamos la declaración de ser medianeros los citados árboles, y no llevarla, por razón simplemente de referencia, á la sección titulada «De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones», á la que pertenece el expresado art. 593.

Otro caso de medianería vamos á estudiar (antes de hacerlo de los de excepción de tal servidumbre), que no menciona el Código en el art. 572, destinado á dicho objeto; nos referimos al que regula el 574, que debió incorporarse á aquél, ó por lo menos

su primera parte, agregando la segunda á los casos enunciados en el art. 573, pues comprende, como éste, otro de excepción, correspondiente al de presunción de servidumbre de medianería de que trata en su apartado primero. Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario; es la misma declaración á que se concreta el art. 572, con la excepción de que éste menciona además la prueba en contrario; pero es indudable (adelantando aquí cuestión que más tarde habíamos de formular y resolver), que el título contrario á que alude el artículo 574 ha de fundarse en pruebas, y éstas, á su vez, habrán de referirse á títulos, al de posesión, prescripción, convenio, etc.; por lo que parece redundancia el mencionar como exclusivos dichos términos, cuando el uno es complemento del otro, ó ambos expresión parcial de una misma idea. ¿Qué es lo que habría de probarse? Que uno de los propietarios colindantes poseía ó era dueño exclusivamente de la zanja, muro, seto, que se estimaban medianeros, es decir, lo contrario de lo que significa servidumbre de medianería, comunidad, coparticipación de lo que en otro caso se entendiera *propio* de una sola persona jurídica, moral, social ó particular; y, á su vez, ¿qué representa el título? Una razón de derecho fundada sobre documentos, prueba documental: sobre el dicho de testigos, prueba testifical: parecer de personas técnicas, prueba pericial: presunciones, etc. El autor de nuestro Código ha sido, pues, más exacto al redactar el art. 574 que el 572, puesto que, al determinar en aquél que obsta á la medianería de las zanjas ó acequias abiertas entre dos heredades, la existencia de título ó signo contrario, comprendió más científicamente y sin redundancia la propia idea que determina la primera parte del 572.

Hacen las zanjas ó acequias las veces de pared entre las heredades, en cuanto sirven á éstas de separación y de límites; necesario era, pues, que la ley previniese la contingencia de á quién pertenecía el terreno del foso y los derechos y deberes consiguientes á tal declaración, por la clase de interés común que los dueños colindantes tienen en la parte limítrofe de sus predios, á cuya razón obedece la prescripción del art. 574.

Como expone un tratadista español, de los tres términos, título, signo exterior y prueba en contrario, que cita el referido

artículo 572, el único que en este lugar precisaba examen ó explicación especial era el segundo; de aquí que el art. 573 se destine á determinar qué debe entenderse por «signo exterior» contrario á la servidumbre de medianería. Tales signos, englobados los de dicho precepto y el del art. 574, se refieren á dos clases: á los propios de paredes divisorias, en general, y á los peculiares de todo otro medio de separación de heredades, como vallados, cercas, setos vivos y zanjas ó acequias.

El *primero*, relativo á la existencia de ventanas ó huecos abiertos en las paredes divisorias, guarda consonancia con la disposición del art. 580, según el cual ningún medianero puede, *sin consentimiento del otro*, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno. Algunas veces, presentadas simultáneamente las dos cuestiones de la medianería y la de apertura de ventanas y huecos, ha de ser necesario resolver previamente la primera por otros medios legales, para aplicar con oportunidad y eficacia la prescripción del art. 580. Es decir, que el hecho de existir ventanas ó huecos abiertos en una pared divisoria de edificios, no resuelve por sí solo la cuestión referente á la medianería, puesto que bien pudo ilegítimamente un medianero practicar dicha abertura sin consentimiento del propietario colindante; y este hecho abusivo no podría autorizar la conclusión de no ser medianera la pared en que tales huecos apareciesen, ni hacer de mejor condición á la persona que por tales medios se enriquecía en perjuicio de otra, según parece dar á entender la disposición descarnada del art. 573, en su número primero. Es preciso, por consiguiente, relacionar á todo trance tal disposición con la del mencionado 580, y decir, en su virtud, que es signo exterior contrario á la servidumbre de medianería la existencia, en las paredes divisorias, de ventanas ó huecos abiertos, cuando el propietario limítrofe no reclamase, en el tiempo necesario, antes de que naciese la prescripción en favor del otro colindante, el cumplimiento del art. 580, á no ser que se alegase dejar sin efecto la medianería, ó se impugnase por virtud de alguno de los otros motivos enumerados en el art. 573.

Al referido dueño colindante le quedaría, en todo caso, el ejercicio del derecho que le conceden los párrafos 2.° y 3.° del artículo 581, ó sea adquirir la medianería de la pared en que estuviesen abiertos los huecos, si no se hubiese pactado lo contrario,

ó cubrir aquéllos edificando en su terreno ó levantando pared contigua á la que tuviere dichos huecos y ventanas, y, claro es, siempre que el otro propietario no hubiese ya, á su vez, adquirido la medianería por prescripción ó por otro cualquier título igualmente eficaz, con sujeción asimismo á lo preceptuado en el artículo 585 en cuanto á las vistas directas, de balcones ó miradores sobre la propiedad colindante.

Ocúrresenos una pregunta. ¿Bastará para despojar á la pared de su condición de medianera la existencia de un hueco que horade, v. g., tan sólo la mitad ó dos terceras partes de su grosor, ó será preciso que la horade por completo?

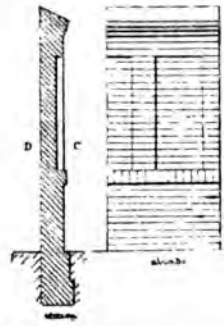
Ante todo, obsérvese que el Código habla de *huecos abiertos*, y una excavación en el muro sin que llegue á traspasarlo, parécenos que no encaja dentro de la idea revelada por las palabras del Código que hemos subrayado. Además, si el núm. 1.º del art. 573 niega la cualidad de medianera á la pared divisoria en que haya *huecos abiertos*, es porque se supone que el dueño exclusivo de aquélla puede hacer en toda su extensión y anchura, libremente lo que mejor le plazca. Como quiera que los huecos no abiertos totalmente, en su calidad de atributos del dominio, no arguyen la presunción de no existir medianería, por cuanto no se oponen á la misma, deducimos lógicamente que el dominio exclusivo no se evidenciará, llevando tal idea en sí envuelta la negación de servidumbre de medianerías, sino cuando aparezca la abertura hecha en todo el espesor de la pared. De otra suerte, las ventanas y huecos abiertos en parte de aquél no supondrían el ejercicio de un derecho contrario á los de medianería, y no negarían éste si el respectivo dueño practicase aberturas sólo hacia la parte de su predio, para el uso á que le pluguiera destinarlas, puesto que podría ser la pared medianera por otros motivos, y el hecho de la abertura parcial, digámoslo así, la práctica de la facultad que á los medianeros concede el art. 579 del Código, según el cual cada propietario de pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad, edificar, por tanto, apoyando su obra en la pared medianera ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los medianeros, y, en nuestro concepto, todos los demás usos análogos á los expresados, como el que antes indicamos, cuando no entorpezca el disfrute común.

Lo anteriormente expuesto indica que no se exige la concurrencia de todos los motivos que citan los cuatro primeros números del art. 573, para negar la cualidad de medianera á una pared divisoria de edificios, sino que basta que ocurra uno solo, dándose como frecuente la existencia de dos ó más en una misma pared.

Según lo que indica el párrafo final del expresado artículo, la pared divisoria de edificios en que haya ventanas ó huecos abiertos, no siendo medianeras, pertenecerá al dueño del predio que tenga en su favor las luces ó vistas.

Fig. 2.ª

(Art. 573, núm. 2.º)



Existencia de relex ó retallos.

Segundo caso.—La existencia de *relex* ó *retallos* (que, según los autores técnicos, consisten en el escarpe ó disminución de una pared hacia arriba, fig. 2.ª), en uno de los lados solamente del muro divisorio, se presume negatoria de la servidumbre de medianería, porque, como expone un publicista, una pared cuando es medianera está construída de modo que su grueso ocupa tanto de una heredad como de otra, y en su elevación es preciso, si varía de grueso, dejar los mismos retallos á un lado que á otro, porque á cualquiera altura que se tome el centro de la medianería es preciso que esté á plomo de la línea divisoria. De este principio de construcción se saca una consecuencia para probar, cuando no hay título, si una pared es ó no medianera: si tiene los mismos retallos á un lado que á otro, se la supone medianera, y no lo es si sólo los tiene á una parte, y será la pared del propietario á cuya parte se hallen.

El Código francés, en su art. 654, expone el concepto del relex ó retallo (huyendo, muy acertadamente, en contra del nuestro, del empleo de palabras técnicas), al propio tiempo que sienta doctrina legal idéntica á la del núm. 2.º, art. 573, que comentamos, porque prescribe que hay señal de no existir la medianería

cuando lo más alto de la pared está derecho y á plomo sobre la superficie exterior de uno de los lados y presenta por el otro un plano inclinado. Es decir, que el muro que no tenga igual construcción por sus dos lados, es de suponer que así lo hizo á su capricho ó á su voluntad el dueño absoluto del mismo, teniendo presente el principio técnico antes consignado; si hubiera mediado la cooperación de los dos dueños colindantes, natural es que lo hubieren construído por igual en el frente de sus respectivas propiedades. Esta presunción parece algo caprichosa y excesivamente convencional, porque iguales propósitos de construcción de pared divisoria irregular pudieran realizar lo mismo dos propietarios limítrofes que uno solo. Mas como, por encima de las presunciones establecidas por nuestro art 573, cabe, á su vez, prueba ó título en contrario, si éstos acreditan que los relex ó retallos se hicieron de común acuerdo por ambos dichos dueños, ó que el uno, contra el cual probaban tales signos, adquirió la medianería de la pared, con la expresada irregularidad, por prescripción, etcétera, dejaría de tener exacta aplicación el precepto excepcional que estudiamos, á no ser que otros motivos, denegación de medianería, no contradichos á su vez por prueba ó título, vinieren á confirmar tal negación por diversos conceptos.

Por la razón antes alegada, quizá, dejaron de comprender los Códigos portugués, chileno, guatemalteco y mejicano el caso de excepción de servidumbre de medianería analizado, entre los demás que mencionan.

Hacemos igual advertencia que en el anterior caso primero. Según el sentido del artículo que examinamos y el de su párrafo final, la pared que se halle en las condiciones que el núm. 2.° de aquél expresa, pertenecerá al dueño del edificio hacia donde existan los relex ó retallos.

El que más natural, lógica y jurídicamente se explica es el *tercer caso* que comprende el art. 573, ó sea el relativo á que la pared divisoria resulte construída toda sobre el terreno de una de las fincas, porque la regla general del Derecho y lo corriente en la sucesión regular de los hechos es que cada persona construya y edifique sobre terreno que le pertenezca y no sobre el ajeno; la teoría de la accesión que reglamenta el Código civil es de aplicación solo para los casos excepcionales, como la más elemental lógica enseña. Pero aun construído el muro divisorio

sobre terreno que no fuera del constructor, pasaría, por virtud del derecho de accesión, á ser propiedad del dueño de dicho terreno, ya con indemnización ó sin ella, por lo cual, tal constructor se quedaría lo mismo sin la medianería y sin la pared, á no ser que otros pactos supletorios entre ambos propietarios resolviesen en forma de mayor utilidad para los dos, tal contingencia.

La costumbre más generalizada, al tiempo de comenzar una edificación en general, es la misma que la seguida en Cataluña, en donde, según la tercera *Ordinacion ú Ordenanza de Sanctacilia* y el *Privilegio Recognoverunt proceres*, en su cap. LIX, las paredes que separan edificios contiguos se acostumbran á cimentar por mitad en los solares de ambos, y cuando no se construyen á la vez las dos casas inmediatas, el que levanta la primera lo hace ocupando en esa proporción ambos solares, á su costa exclusiva y con el permiso del dueño inmediato, si bien se reintegrará de la pared medianera cuando éste levante á su vez la edificación, lo cual no podrá verificar ni cargar en la pared medianera que el vecino edificó, sin abonar dicha mitad de coste ó mediante otro convenio con el propietario vecino, que le autorice para ello. Y según la décimatercera de las antedichas *Ordinaciones,* si la pared medianera antes construída no fuera bastante para soportar la carga de la nueva edificación, el dueño de ésta podrá destruirla, siendo sus materiales para el primer edificante que la construyó, y deberá aquél volver á levantarla con las condiciones necesarias. A la primera circunstancia, principalmente, debe de aludir el número del art. 573, que comentamos, y para entonces se ofrecerá muy clara la aplicación legal del mismo. Pero la pared puede hallarse desigualmente en terreno de las fincas contiguas, es decir, que ocupe, por ejemplo, dos terceras partes del de una y la restante del de la otra; en este caso, ¿podría, por solo este hecho, llamarse medianera á la pared que se encontrase en tales circunstancias? Opinamos que no, mientras el propietario de la porción menor de terreno no satisfaga la diferencia al otro colindante, pudiendo éste hacer también de su exclusivo dominio toda la pared si indemniza al primero el valor de la parte de terreno del mismo ocupado por el muro divisorio, á no ser que el dueño de dicha parte quiera ejercitar en su favor, siendo procedente, el derecho de accesión respecto á lo construido sobre espacio del suelo de su pertenencia.

Aun no comprendiendo el núm. 3.° del art. 573 á los vallados, cercas y setos vivos, ¿pudiera también hacerse aplicable á los mismos? Siendo idéntica la razón de Derecho que milita en ambos casos y esencial el fundamento en materia de servidumbre de medianerías que consigna dicho número 3.°, ó sea el que, á no existir prescripción ú otro título contradictorio, precisamente la medianería indica que la mitad de la pared es de cada condueño limítrofe por hallarse asentada en la mitad de terreno perteneciente á cada uno, somos del parecer afirmativo, por lo que aconsejamos que en su día, y cuando llegue la primera oportunidad de la revisión del Código, se tenga en cuenta tal omisión para evitarla en lo sucesivo.

Según lo explicado, la pared construída toda ella sobre el terreno exclusivamente de una de las fincas colindantes corresponderá en propiedad al dueño de dicho terreno, como es muy natural que suceda, y como así claramente viene á indicarlo el párrafo con que termina nuestro art. 573 y el sentido general del mismo.

Fig. 3.ª (Art. 573, núm. 4.°)

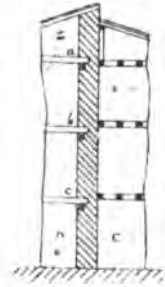
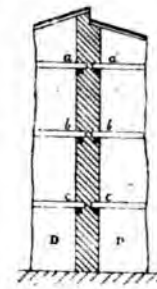


Fig. 4.ª (Art. 573, núm. 4.°)



Pared no medianera. Pared medianera.

Cuarto caso.—El hecho de cargar carreras, pisos y armaduras en uno solo de los edificios contiguos (figuras 3.ª y 4.ª), excluye á todas luces la idea de medianería, pues es natural y fácilmente comprensible que el dueño de una cosa la use libre y racionalmente, y que el no aparecer usada ó disfrutada por tercera ó terceras personas indica, salvo prueba en contrario, que no les pertenecen.

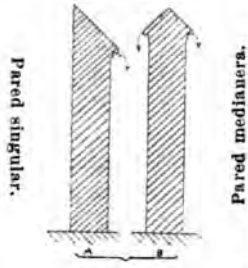
Precisamente los servicios que designa el número 4.° del artículo 573 son los más propios que han de prestar las paredes divisorias de edificaciones, puesto que los sostenes principales de los diversos pisos de una casa y las armaduras que á los extremos de la misma se hacen necesarias, en ninguna parte mejor

han de sostenerse que en dichas paredes, las cuales, con tal motivo, principalmente, reciben un espesor y condiciones de seguridad excepcionales. Se denominan carreras los maderos horizontales que se ponen sobre las zapatas de los pies derechos, ó sea lo que vulgarmente llamamos vigas, destinadas á servir de enlace y sostén principal á los distintos cruzamientos de maderas que separan los pisos de cada edificio.

Por lo mismo que el dueño de una pared que no es medianera puede horadar ésta, introducir en parte ó en la totalidad de su espesor carreras, pisos y armaduras, y ejercitar, en una palabra, todas las facultades propias del dueño, así también el propietario de pared medianera puede únicamente, según expresa el art. 579 del Código, usar de ella en proporción al derecho que tenga en la comunidad, y, por tanto, edificar apoyando su obra en dicha pared é introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros, con las condiciones que determina el párrafo segundo de dicha disposición legal.

Fig. 5.ª

(Art. 573, núm. 5.º)

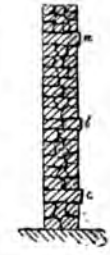


La pared, pues, que sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas, y no de la contigua, también pertenecerá exclusivamente al que es dueño de aquélla.

El quinto caso, alusivo á pared divisoria entre patios, jardines y heredades, que esté construída de modo que la albardilla (fig. 5.ª) vierta hacia una de las propiedades, no se refiere á los muros divisorios de edificaciones, porque denominándose «albardilla» la coronación especial de las paredes ó tapias en forma de caballete, sólo puede darse aquélla en muros abiertos ó aislados, es decir, que no constituyan el lado de una casa ó edificación, ya que los de éstas terminan ordinariamente por la parte superior, en el alero del tejado. De modo que, dando otra forma de redacción al núm. 5.º del art. 573, consideraremos como pared no medianera á la divisoria de patios, jardines y heredades, construída por un lado rectamente hasta su mismo límite superior, y por el otro igualmente recta hasta el punto próximo á

dicho límite superior, en cuyo punto empieza á disminuir en espesor gradualmente hasta su terminación. El fundamento de tal precepto estriba en que, existiendo la vertiente del muro en dirección de las dos heredades contiguas, éstas utilizan en su favor la medianería, porque del propio modo sufren la caída de las aguas conjuntamente, estando la albardilla de la pared igual á los dos lados opuestos; mientras que estando el muro divisorio en la forma que determina el número del art. 573 que explicamos, sólo uno de los dueños tiene en la dirección de su heredad la caída de las aguas, y, por tanto, justo es que la medianería le compense de aquella carga, y que no imponga ésta al propietario contiguo, puesto que, de manera análoga á lo prescrito en el art. 586, con referencia al desagüe de los edificios, el dueño de paredes ó muros divisorios debe construirlos de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo y no sobre el del vecino, y aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas, de modo que no causen perjuicio al predio contiguo. El hecho, pues, de que consienta este desagüe el propietario de dicho predio, acusa, desde luego, su tolerancia por tener á su favor la servidumbre de medianería, ó que el otro propietario colindante construyó la pared con albardilla á ambos lados de acuerdo con el primero y consintiéndolo éste, en cuyo caso, tal título prevalecería contra el referido signo exterior de que venimos ocupándonos, según hemos sostenido en los demás casos del art. 573.

Fig. 6.ª
(Art. 573, n.º 6.º)



Existencia de piedras pasaderas.

Pertenecerá la pared en cuestión, conforme al apartado final del expresado artículo y al espíritu total de este mismo, al dueño de la heredad hacia donde vierta la albardilla.

Sexto caso.—La pared divisoria, construída de mampostería, que presente piedras llamadas pasaderas, de distancia en distancia, puede separar lo mismo edificaciones que patios, jardines ó heredades; siendo, pues, aplicable dicho sexto caso á unas y otros (fig. 6.ª). Las referidas piedras son las que acostumbran á quedar salientes al construir una pared, ya por haber apoyado antes en ella andamios, ó ya para otros distintos usos posteriores; y claro es que en ambos

supuestos, la parte de pared que no los tenga da á entender que el dueño de la heredad ó edificio con quien confine no hace uso de tal pared, ni la ha construído con las piedras pasaderas del lado opuesto, á no ser que otras señales negatorias de la medianería ó título acrediten lo contrario, porque, al fin y al cabo, repetimos, todas estas suposiciones ó presunciones de que venimos tratando como establecidas por el Código, y más ó menos infundadas, caprichosas ó sostenibles, tienen en sí el remedio de poder ser destruídas por precepto expreso del propio cuerpo legal, y por tanto, necesarias sólo para el caso en que no haya otra forma de dar solución jurídica adecuada al problema concreto que sobre el particular se presente en la práctica.

La pared, en las condiciones expresadas, ó sea la que presente repisas, trabas ó piedras pasaderas sólo por un lado y no por el otro, pertenecerá al dueño del predio hacia el cual se dirijan aquéllas.

Se corresponde el *séptimo caso* de presunción negatoria de medianería con el tercero del artículo anterior, 572, que establece la presunción afirmativa de existencia de dicha servidumbre. Ya en su lugar oportuno expusimos los requisitos que habrán de concurrir en las heredades separadas por vallados ó setos vivos para que la pared común á ambas se conceptúe medianera; la propia argumentación entonces empleada será, pues, aplicable al caso de excepción que en último lugar menciona nuestro artículo 573. Dicha pared es natural que, á falta de otro título, pertenezca al dueño que tenga por completo cerrada su finca, y no al colindante, si éste, á su vez, no tiene hecho el cerramiento en todas las partes de la suya, porque enseña la lógica, que es en la que se ha inspirado en el presente caso el núm. 7.° del artículo 573, que el propietario que quiera aislar su heredad de las demás contiguas, debe hacerlo en todo su perímetro, ya que haciéndolo en parte no conseguiría el propósito de individualizar su propiedad, y por tanto, no habría de darse la casualidad de que fueran vallado ó seto vivo suyos, ni siquiera medianeros, los que delimitaran su heredad de la del dueño limítrofe, que la tenía cercada por los cuatro vientos cardinales, y quien, por consiguiente, acreditó con tal signo exterior, el hecho del verdadero cerramiento á su favor y la pertenencia, en tal hecho fundada, de los vallados ó setos referidos. Y ¿qué se resolvería si las dos

heredades contiguas á la vez estuvieran cercadas ó cerradas incompletamente, es decir, por algunos de sus lados, si en el punto en que eran contiguas había un vallado ó seto vivo? Nuestra opinión es la de que debería prevalecer en este caso concreto la presunción de medianería, salvo, claro está, la existencia de títulos dominicales ó pruebas en contrario que patentizasen que la propiedad del seto pertenecía á uno solo de los colindantes.

Los Códigos de Guatemala (art. 1.248, núm. 8.°) y mejicano (artículo 1.103, núm. 8.°) señalan otro caso de presunción contraria á la medianería: el de que la cerca que encierra completamente una heredad sea de distinta naturaleza de la que tiene la vecina en sus lados contiguos á la primera, caso que no comprende nuestro Código, y que ni remotamente puede incluirse ni en la letra ni en el espíritu de la disposición legal que comentamos.

Por último, es signo contrario á la medianería, en las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades, el que la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halle de un solo lado. Es otro de los signos que pudieran llamarse caprichosos, puesto que bien pudiera darse tal hecho en un solo momento dado, en que el propietario de una de las heredades que hiciera la limpieza de la zanja ó acequia, inadvertidamente echase la tierra hacia el lado opuesto al de la finca suya ó indistintamente á los dos, sin que en un caso transmitiera por tal descuido la pertenencia de la zanja ó acequia á su dueño colindante, ni en el otro se constituyera la comunidad ó copropiedad de aquéllas entre ambos. Es de suponer que el dueño exclusivo de una zanja ó acequia no ocupe con tierra en la limpia de las mismas, espacio de finca que no sea suya, y que al hacer esto indique ó signifique que no tiene lazo alguno de coparticipación con el vecino; pero no ha de ser rara la confirmación del supuesto anterior, como la realidad misma se ha de encargar de ratificar. Menos mal si el título en contrario remedia tales contingencias injustas; la dificultad nacerá cuando aquél no pueda justificarse, ó no exista, y haya que resolver el conflicto por razón de consistencia tan deleznable como la que trata el legislador español y sirve de fundamento á la segunda parte del art. 574. Según ella, pues, en el caso que prevé, la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad en que estén depositadas la broza ó tierra obtenidas de la limpia de dicha zanja.

El Código portugués (art. 2.349) señala un requisito, que nos parece oportuno y conveniente por lo mismo que antes hemos expuesto: el de que las excavaciones ó trabajos de limpieza se hallen sólo por un lado, *durante más de un año,* para que la valla ó reguera, sin mojones exteriores, no se entiendan medianeras. Con tal condición ya no resultaría tan convencional la disposición que venimos comentando, porque el referido lapso de tiempo da lugar, por lo menos, á adquisición de derechos de posesión de parte del propietario de la finca en la cual se halla la tierra excavada, que, supletoriamente, deben marcar una merma de solución justa y adecuada.

Y ¿si se da el caso, que puede ser frecuente, y que prevén los Códigos mejicano (art. 1.107), de Guatemala (1.252), de Vaud (455) y otros, de que la inclinación del terreno obligue á echar la tierra de un solo lado? Aunque no sobraría que el legislador español, teniendo á la mano tan claros y expresivos precedentes, los siguiera con fidelidad en cuanto al particular que regulan, creemos fuera de duda que lo dispuesto por dichos Códigos extranjeros debe de entenderse preceptuado con arreglo al nuestro, porque tenemos repetido que, tanto el art. 573 como el 574, establecen presunciones *juris tantum,* contradictorias á su vez de las que comprende el 572, y, por tanto, según el 1.251, pueden destruirse por la prueba en contrario, como podría ser, en el caso presente, la que tendiese á demostrar, por dicho testifical ó de personas peritas, que el dueño que hizo la excavación ó limpieza de las zanjas tuvo forzosamente que depositar aquélla en el terreno opuesto al suyo por impedirlo hacer en otra forma las ineludibles leyes de la gravedad; á lo más, lo que podría solicitar y obtener en justicia el dueño del terreno en que estuvieren la tierra ó broza sacadas, sería una prudente indemnización de perjuicios, si éstos existieran por tal ocupación, aun no siendo más que temporal, ó el establecimiento, de común acuerdo, entre él y el otro propietario colindante de una servidumbre voluntaria de ocupación periódica de terrenos, que cumpliera el referido objeto, y con fundamento en la disposición del art. 594 de nuestro Código.

Tanto el art. 573 como el 574, examinados, son iguales á los 513 y 514 del proyecto de Código civil de 1851 que, en el particular de que tratan aquéllos, siguió, á su vez, el criterio científico que se solicitó y obtuvo entonces de la Academia de Nobles

Artes, habiendo el legislador de dicha época sujetádose asimismo á las prácticas consuetudinarias y legales más aceptables á la sazón.

***

Antes de entrar en el análisis del siguiente art. 575, advertimos que no se ha previsto en este lugar ni en ningún otro de la sección que regula la servidumbre de medianería, el interesante y difícil extremo de la prelación ó preferencia entre los distintos casos del art. 573, cuando todos ó algunos de ellos concurran á la vez. Deficiencia es esta que no acertamos á comprender cómo se ha padecido, porque si bien el espíritu de dicho art. 572 indica ser presunción contraria á la medianería el que sólo uno de los casos previstos se dé en la práctica, más frecuente creemos será el que concurran dos ó más á la vez. Y, para entonces, ¿qué solución procede aconsejar? Si, por ejemplo, en la pared divisoria de edificios hay por un lado ventanas ó huecos abiertos, y por el otro lado solamente existen piedras ó trabas de las llamadas *pasaderas,* cada propietario de los predios, en cuya dirección se encuentren ambos signos exteriores, se creerá asistido del derecho exclusivo al disfrute dominical de dicha pared; cuando por medio de título no pueda de otro modo aclararse el conflicto, ¿á cuál de tales dueños debe de adjudicarse en justicia el señorío exclusivo de la pared? Si una de las señales aparece practicada con anterioridad á la otra, y se prueba que la segunda, ó sea la opuesta, se produjo sin el consentimiento del dueño colindante, la pared contigua debe de pertenecer á éste; si no puede determinarse tal prioridad de tiempo entre las dos señales, entendemos que mutuamente se destruyen, y que, como la regla general á que se sujeta toda la materia de medianerías es que éstas se dan en la paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación, prevalecerá el principio general contra el excepcional. Puede también ocurrir que se den dos ó tres casos del art. 572, por un lado del muro divisorio, y uno ó dos por el lado contrario; así, es posible suceda que aquél presente un costado recto y á plomo en todo su paramento en la parte superior, y en la inferior ofrezca relex ó retallos, y por el otro lado existan piedras pasaderas, y además la finca colindante cargue sus carreras, pisos ó armaduras sobre esta parte, ó que haya unas

mismas señales de un lado que de otro. Insistimos en la contestación antes dada: no pudiendo tener aplicación el art. 573, ya que ambos propietarios colindantes lo invocarían con igual justicia y oportunidad en su favor, para atribuirse cada uno la propiedad exclusiva del muro divisorio, es preciso acudir á la regla general del art. 572, en sus dos primeros números, que tratan de las paredes divisorias de edificios contiguos y de las de jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo.

Aceptable nos parece la teoría de dos autores de *Arquitectura legal* que estiman que la presunción de propiedad singular es tan evidente cuando la pared esté edificada sobre terreno de uno de los dueños, que, aunque del otro lado de la pared exista un signo, carecerá de eficacia, porque entonces resulta una propiedad efectiva, un derecho exclusivo, no solamente porque los signos, no aparentes y estimables, no están á la vista del dueño colindante, ó pueden hacerse sin ser notados, como relex, retallos ó pasaderas, sino también por el principio de que la edificación cede al suelo, y, por tanto, la pared construída será del dueño de éste. Se trata, pues, de una excepción al caso que antes formulábamos de existencia de signos contrarios á la medianería por los dos lados del muro divisorio, á no ser, añadimos nosotros, que el propietario del terreno hacia donde converjan los signos se haya servido de éstos por tiempo necesario para ganar la prescripción, ó le asista algún otro título de mayor fuerza y eficacia que el indicado, dimanante de la construcción de toda la pared en terreno de uno solo de los dueños colindantes.

Sobre quién debe formular la prueba en cada una de las cuestiones que venimos examinando rige el art. 1.214 del Código civil, según el cual, incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

ART. 575. La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan

á su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno.

Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga renunciando á la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.

Concordancias.—Igual al art. 515 del proyecto de Código de 1851 y al 576 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 576. Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera.

Concordancias.—Igual al art. 516 del proyecto de Código de 1851 y al 577 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Libro IV, tit. V, ley 3.ª del Fuero Viejo de Castilla.*—Si algund ome ovier a dar palamiento de casa que la cerrare por medio a de dar la meitat de la parte, e si dijier, que sua casa quier echar en tierra, e ferrar las muebles, si esto ficier, non deve dar palamiento, nin dar nada por encerrar; mas develo decir al otro con omes bonos, que afirme sua casa, que la sua quier echar en tierra, e deue aver plaço de tres mercados, e cate madera con que afirme sua casa.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 575 y 576.—Conocidos la índole del derecho de medianería y los casos en que el mismo puede ofrecerse en la práctica, la lógica, y nuestro Código con

ella, indican las reglas que han de guiar su constitución y vida, así como las diferentes modalidades jurídicas que la realidad respecto al mismo puede presentar.

Y lo más natural es que se hable, ante todo, del nacimiento de la medianería, por construcción de la misma, á no ser que privadamente se pacte entre los medianeros estando con anterioridad construída la pared. Por esto se comprende, sin gran esfuerzo de penetración, que comenzadas á edificar dos casas á la vez por dos propietarios, cada uno, en terreno suyo, construya la mitad de la pared que, con la otra mitad, ha de formar el muro total medianero, á no ser que la altura total de los edificios sea diversa, porque entonces rige el número primero del art. 572, según el cual hay medianería en las paredes divisorias de los edificios contiguos sólo hasta el punto común de elevación, y desde aquí se regirá por los principios de la propiedad individual.

Construídas ya de antemano la pared ó demás separaciones de predio y adquirida la medianería posteriormente por el propietario colindante que trata de edificar adyacentemente ó que tiene ya edificado, para nada interesan los deberes de cada colindante en cuanto á la construcción, sino en lo que se refiere á la reparación de paredes y mantenimiento de vallados, setos vivos, zanjas y acequias. Natural es que entonces cada propietario repare y conserve la parte de pared que mira hacia su predio, porque los desperfectos que en esa parte se noten por regla general se entiende que proceden de culpas ó descuidos de dicho propietario.

También ocurrirá que los desperfectos se deban al otro medianero, y aunque no lo exprese el art. 575, fuera de toda duda parece que al expresado dueño solamente serán imputables, porque así lo aconseja la justicia; y además, por los términos del artículo 1.902 del Código civil, según el cual, quien por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado, y existiendo para mayor seguridad el art. 1.907 que hace al propietario de un edificio responsable de los daños que resulten de la ruina de todo ó *parte de él,* si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias. Y no interviniendo ninguna clase de descuido ni de culpa, rigen los principios de Derecho de que cada uno es responsable de sus actos y de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro.

Laurent, criticando la jurisprudencia francesa contraria, dice que sólo pueden ser justas las reparaciones cuando se hagan precisas por falta ó culpa del propietario.

La frase final del primer párrafo del art. 575, respecto á cuya dificultad de interpretación están conformes casi todos los comentaristas del Código, se refiere, en nuestro concepto, tanto á los propietarios de la pared medianera, cuando aquéllos son más de dos, como al interés que cada uno tenga en la medianería, representado por la importancia y valor de cada predio. En el primer caso, siendo dueños de una de las fincas colindantes dos ó más personas, entre éstos contribuirán á la reparación y construcción de las paredes, vallados, setos vivos, zanjas y acequias medianeras, según la cuota ó participación que entre sí lleven en la comunidad, sin que esto, en realidad, importe al propietario ó propietarios colindantes, los cuales podrán, en todo caso, exigir la responsabilidad del pago de dichas obras por los principios que regulan las obligaciones mancomunadas ó solidarias, según sea la índole jurídica de las que liguen á los referidos primeros propietarios.

Evidente analogía existe entre el artículo que comentamos y el 395, ya examinado, relativo á la comunidad de bienes, según el que todo copropietario tendrá derecho para obligar á los partícipes á contribuir á los gastos de conservación de la cosa ó derecho común; sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie á la parte que le pertenece en el dominio. Por esto hemos demostrado, en el lugar oportuno, cuán más exacto era el concepto de comunidad de bienes aplicados á la institución, en cuyo estudio nos encontramos, que el de servidumbre. También preceptúa el artículo 393, de modo semejante á lo que dice el 575, que el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional á sus respectivas cuotas, las que se presumirán iguales mientras no se pruebe lo contrario. Fundados en estas analogías, dos autores de *Arquitectura legal* sostienen que si el párrafo primero del art. 396 terminantemente dispone que las paredes maestras y *medianeras*, el tejado y las demás cosas de uso común están á cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso, éste, en el problema legal que comprende el precepto que estudiamos, sustituye á una finca con relación á la medianería, y por tanto, al valor de aquélla deben

de atenerse cada propietario ó propietarios para graduar el importe de gastos con que están obligados á contribuir por parte de cada uno ó serie de ellos á la reparación de las paredes, vallados, etc., medianeros.

El Código portugués, en los dos primeros párrafos de su artículo 2.334, distingue entre muros que constituyen una cerca, y los que, además, alguno de los condueños lo aprovecha para un objeto que no sea común al otro dueño; en el primer caso, los gastos de reparación se dividirán entre dichos condueños por partes iguales; y en el segundo, serán prorrateados entre todos en proporción al provecho que cada cual sacase; y si el hundimiento del muro proviniese exclusivamente de un acto del que uno de los consortes sacase provecho, sólo éste estará obligado á construirlo ó repararlo. Prescripción ingeniosa, que no obraría con desacierto el legislador español aceptándola en todo su espíritu y comprensión.

Según el título del Digesto, de *servit. præd. urban,* en sus leyes *8.ª*, y § *1.º* de la *13,* la pared medianera debe repararse por ambos propietarios, pudiendo cada uno de ellos revocarla y pintarla; y en caso de demolición, no podrá reclamarse más importe que el de un revoque común, aunque las pinturas fueran preciosas.

El último párrafo del art. 575 está inspirado en el principio de justicia de que los beneficios en una empresa común deben de estar en relación con las cargas y ser los unos consecuencia de las otras, y viceversa.

La renuncia de los derechos está permitida por el párrafo segundo del art. 4.º de nuestro Código, pero entre otras limitaciones y salvedades, comprende la de que no lleve envuelto un perjuicio de tercero, que es á lo que alude el artículo que comentamos, al preceptuar que la renuncia de la medianería no será válida cuando la pared medianera sostenga edificio del renunciante, toda vez que si los gastos han de ser mayores cuando dicha pared sirve de amparo ó sostén á dos edificaciones que cuando lo es simplemente de una, los dispendios de más no es justo imputarlos á un solo propietario colindante, cuando no es él únicamente quien percibe las utilidades consiguientes, sino también su vecino contiguo.

Un caso bien claro en que la medianería es indudablemente

renunciable es el de paredes que dividan jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo, ó el de vallados, cercas, setos vivos, zanjas ó acequias que separen los predios rústicos; en ambos casos, no envuelve perjuicio para ninguno de los dueños contiguos la renuncia, por ser tales separaciones de predios igualmente aseguradoras del cerramiento de éstos, cuyo objeto principal y quizá único cumplen, y siempre que las fincas no tengan ningún establo, cobertizo ó cualquiera otra construcción, en general, apoyando en uno de los lados de la pared medianera de jardines ó corrales.

Verdaderamente por el solo hecho de ser medianera una pared que separa dos edificios, sostiene á ambos indistintamente; de modo que no podría darse un solo caso en que el dueño de un edificio adyacente á otro pudiera renunciar á la medianería de la pared que los separa, para lo que le autoriza nuestro art. 575. Por eso creemos que la verdadera inteligencia del último apartado de aquél es que no será posible legalmente tal renuncia cuando uno de los edificios apoye sus vigas, ó de cualquier otro modo análogo haga descansar todo ó parte de su peso sobre la pared medianera.

El propietario que hiciera uso del derecho de renuncia, ¿cedería por tal hecho asimismo la mitad del terreno en que está asentada la pared? Entendemos que sí, puesto que la medianería, una vez construída ó adquirido su derecho, se refiere, no sólo á la pared que sobresale del suelo, sino también á los cimientos de la misma, y, por tanto, al espacio que éstos ocupan.

Opina el distinguido civilista Sr. Sánchez Román en sus *Estudios de Derecho civil,* de acuerdo con el jurisconsulto francés Pothier y con Laurent, que, dado el carácter circunstancial y oneroso de la referida renuncia, debe entenderse siempre hecha bajo la condición tácita de que el otro medianero, en cuyo favor la renuncia se hace, queda obligado á la reparación ó reconstrucción de la pared medianera, y que en el caso de no llevar á cabo las obras necesarias y sobrevenir la ruina de la misma, el medianero antes renunciante recobra su derecho respecto de la mitad del suelo y de los materiales. Así lo creemos igualmente nosotros, porque la renuncia de que trata el párrafo segundo del artículo 575 se entiende hecha *en favor* del otro medianero colindante y para que éste cumpla, como dueño individual, desde entonces

todos los derechos y deberes que le correspondan sobre la pared total, que ya es suya exclusivamente, sin perjudicar, por lo menos, las seguridades de las fincas adyacentes, como previene la *ley 3.ª, tit. V, libro IV del Fuero Viejo de Castilla,* anotada al pie del art. 576. Así lo entienden igualmente los tratadistas de Arquitectura legal.

El Código de Italia, en el apartado 2.º de su art. 549, determina que la renuncia de que venimos hablando no dispensa, sin embargo, al renunciante de los reparos y reconstrucciones á que haya dado lugar por su hecho, extremo que, en todo caso, entre nosotros, puede solucionarse legalmente acudiendo al citado párrafo segundo del art. 4.º de nuestro Código, para comprobar si existe, por virtud de la renuncia, algún perjuicio al tercero, ó sea al otro propietario contiguo.

Para recuperar el dueño renunciante el derecho de medianería abandonado, ha de satisfacer, como es justo, la parte proporcional del valor de aquélla, con los gastos que haya ocasionado desde que la renunció y demás que percibiera.

Otro caso de renuncia de medianería es el que comprende el artículo 576, que por lo mismo examinamos á continuación del segundo párrafo del 575. Invirtiendo los términos de aquél, resulta que la renuncia de medianería, en el caso de que el propietario de un edificio, que se apoye en pared medianera, quisiere derribarlo, será legítima y permitida, cuando dicho propietario tome de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera.

Del contenido del art. 576 también se deduce que el propietario que se encuentre en las condiciones expresadas puede no renunciar á la medianería, aunque derribe su edificio; por esto los Códigos mejicano y guatemalteco (artículos 1.111 y 1.256) prevén los dos casos y establecen reglas para cuando ocurra cada uno de ellos.

El referido hecho del derribo, por sí sólo, ha de producir desperfectos, aunque no sea más que en el desconchado de la pared, á la cual estuvieren unidos soportes, paredes ó cualquier clase de sostenes del edificio derribado; tales daños han de ser de cuenta, como es natural, del dueño de aquél, pues se producen por aquella vez solamente y con ocasión del derribo. Los demás que no

sean de apariencia, sino visibles quizá solamente á una inspección técnica, aconsejamos que se determinen por peritos, para lo cual conveniente es que, antes de dar por admitida y solemnizada la renuncia de la medianería, los dueños colindantes interesados aseguren sus derechos respectivos procurando que las expresadas personas reconozcan la pared medianera, después de practicado el derribo, y digan si por virtud de éste, y en aquella ocasión solamente, se han producido daños, como de falta de consistencia, seguridad y otros apreciables y lo que puedan importar para lo sucesivo las condiciones en que *entonces* quede la pared, para que sean también objeto de mención y de responsabilidad para el dueño del edificio derribado, y no ningún otro que acaezca ó se origine posteriormente.

Por todo lo dicho, aconsejan los autores de Arquitectura legal que el que intente el derribo de un edificio, unido á pared medianera, ha de avisar al dueño del edificio inmediato, tomando las precauciones necesarias el primero para la estabilidad de tal edificio y procurando la prontitud en la ejecución de las obras, para que el vecino no esté molestado con los apeos y otras precauciones que se haya visto obligado á tomar. Si en la casa contigua á la que se derriba se notase algún resentimiento, el arquitecto ó maestro de obras respectivos practicarán desde luego los apeos necesarios. Cuando para el derribo del edificio sea preciso descomponer parte del tejado medianero ó cargar en él los materiales del que se derriba, el dueño de éste ha de dejar el otro, de que haga uso, lo mismo que estaba antes, y, en caso de arruinarse por la mucha carga que se depositara sobre él, debe reponerle á su cuenta, para que el propietario medianero no sufra perjuicio alguno.

La ley del Fuero Viejo de Castilla anotada en los *Precedentes legales* correspondientes á nuestro art. 576, sin aludir precisamente á la medianería, prescribe medidas de precaución para en el caso de derribo de edificios adyacentes á otros, porque ordena que el que ejecute aquél debe decirlo al otro propietario, con hombres buenos, y aunque sea simplemente para afirmar su casa.

ART. 577. Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales.

Serán igualmente de su cuenta los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de cómo estaba antes; y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado.

Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla á su costa; y, si para ello fuera necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo.

Concordancias.—Análogo al art. 518 del proyecto de Código de 1851 é igual al 579 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 578. Los demás propietarios que no hayan contribuído á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor.

Concordancias.—Igual al art. 519 del proyecto de Código de 1851 y al 580 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 577 Y 578.—Hemos partido, en toda la materia de medianerías que venimos exponiendo, del principio, sentado ya por jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia y solemnemente reconocido hoy por nuestro Código civil en el núm. 1.º de su art. 572, de que la pared divisoria de dos edificios, en defecto de pruebas en contrario, puede reputarse medianera solamente en los puntos en que ambos concurren. De manera que el artículo anotado 577 alude, no á derechos que parten de la comunidad creada entre dueños medianeros, sino á los de una propiedad exclusiva de uno de éstos, pero relacionados ó ligados con los de tal comunidad. Sabemos que cada propietario colindante es dueño de la mitad de la pared medianera y del suelo que ésta ocupe, á no existir pacto ú otro título en contrario; pero el ejercicio de las facultades que sobre esta parte de pared puede ejercitar su propietario, no ha de hacerlo á su libre arbitrio y sin las cortapisas con que otro propietario de distinta índole pudiera obrar, sino sometiendose á restricciones sociales que en el presente caso están más indicadas, por lo mismo que entre dichos dueños se crea un vínculo jurídico, que se han comprometido recíprocamente á respetar.

También hemos expuesto, en su lugar oportuno, y de acuerdo con la jurisprudencia, que la pared medianera de dos fincas urbanas es del dominio común de los propietarios colindantes, cada uno de los cuales tiene, por consiguiente, el derecho de que sirva de cerramiento á su finca en toda la altura que le convenga darla, mientras lo permitan las Ordenanzas municipales; por tanto, y mientras no exista servidumbre establecida en favor del predio colindante, puede cada uno de dichos propietarios elevar la expresada pared, haciéndolo á su costa, así como también los gastos de conservación, sin perjuicio del derecho del condueño á utilizar la medianería de la pared construída por el otro condueño, abonándole la mitad del valor de la misma. Esta doctrina, sentada, según ya tenemos dicho, por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Marzo de 1888, es, en otros términos, la misma que desenvuelven los artículos anotados 577 y 578, que por comprender materia relacionada entre sí, comentamos juntamente, porque el segundo alude al derecho de poder utilizar

la medianería de la pared alzada, engrosada ó profundizada, abonando la consiguiente indemnización, de que también se ocupa la referida sentencia.

El primer párrafo del art. 577 es perfectamente comprensible; como la pared va á ser del dominio individual del que trata de elevar la contigua á mayor altura, justo es que satisfaga los correspondientes gastos, aunque, por los motivos que quedan expuestos, tenga en cuenta si con tal obra se pueden ocasionar perjuicios al otro predio, de cualquiera clase que sean, y los indemnice en forma. Ya en una de las *Ordinaciones y Estatutos de los montes y huertas de la ciudad de Zaragoza,* á que en otra parte nos referimos, se disponía que si cualquiera de los propietarios colindantes quisiera mejorar la altura de la pared medianera ú otras condiciones de la misma, no le será imputable al otro el exceso de coste por tal causa.

Claro es que todo lo que va dicho, con referencia á la facultad en uno de los medianeros para elevar la pared de esta clase cuanto le convenga, ha de reconocerse y respetarse siempre que el otro dueño colindante no haya adquirido en cualquier forma legal servidumbre á su favor, de carácter negativo, según la cual pueda impedir la referida elevación, ya por razón de luces, de vistas ó con algún otro objeto útil á su predio; así lo reconocen, fundados en la equidad, los jurisconsultos franceses Laurent y Pothier, y nosotros terminantemente lo sostenemos, con apoyo en el principio de que la constitución de servidumbre, á no ser de las llamadas legales, es completamente libre y sujeta á los pactos que en este caso los interesados á su arbitrio determinen.

Obsérvese que el art. 577 emplea distinta locución que el anterior, al referirse á las compensaciones que el dueño autor del alzamiento de la pared ha de llevar á cabo en obsequio del otro. El art. 576, al tratar del derribo de edificio unido á pared medianera, exige sólo que el que tal haga cargue con las reparaciones y obras necesarias para evitar, *por aquella vez solamente,* los daños consiguientes; el que comentamos, además de atribuir el pago de los gastos consiguientes á la mayor elevación de la pared al que la alce, le hace responsable de la satisfacción de los *perjuicios* que se ocasionen con la obra, *aunque sean temporales.* Es decir, en el primer caso, cesa toda obligación de indemnizar en

el dueño medianero, una vez ejecutado el derribo, pues para evitar contingencias futuras, hemos aconsejado que personas peritas reconozcan la medianería que queda en pie, con el objeto de precisar si por aquella vez solamente se experimentan daños ó desperfectos que deban remediarse en el acto; y en el segundo caso, la obligación legal del medianero que da mayor elevación á la pared, sigue perennemente, porque el art. 577 habla de los perjuicios que se ocasionen con la obra, sin referirse á tiempo alguno, y más, aunque sean temporales, ó lo que es igual, aun cuando se produzcan en cualquier tiempo y por poca duración. Y es porque en el primero de los casos citados, practicado el derribo y previstos inmediatamente después de ese momento todos los daños que pueda experimentar la pared medianera, los demás que ocurran luego han de entenderse lógicamente causados por el propietario del edificio que queda en pie; mientras que si se trata de la mayor elevación de una pared medianera, sobre ésta se halla continuamente actuando é influyendo la parte de pared superior, y, por tanto, si se producen perjuicios en la primera por virtud de tal obra, claro es que han de existir mientras la segunda de dichas paredes subsista.

Téngase presente que, según el art. 1.106 del Código, la indemnización de perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el dueño de la pared medianera primeramente construída, en el caso sobre que venimos discurriendo, con la salvedad de que el referido artículo también trata.

Consecuencia de lo que preceptúa el párrafo 1.° del art. 577, resulta ser lo consignado en el 2.°, porque los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos, respecto de como estaba antes, y además la indemnización de los mayores gastos que haya de hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado, son todos provocados por el medianero que llevó á cabo tales obras, y que es de justicia imputar al mismo.

Pero tanto lo ordenado en este segundo párrafo, como la disposición del primero, han de ser, en muchos casos, difíciles de aplicar con exactitud, por no poder apreciarse matemáticamente cuánto puedan ascender tales daños y perjuicios, ni los mayo-

res gastos de conservación y mantenimiento que tenga la pared por razón de su mayor altura. Nunca, pues, más indicado que en este caso el juicio pericial que, con mayor aproximación, está en el deber de precisar la clase de obras de reparación que precisa la pared, si ésta no necesita derribarse y construir luego de nuevo, y el importe, tanto de aquéllas como de los perjuicios indemnizables al otro propietario colindante. Por esto aconsejan prudentemente, en nuestro concepto, los tratadistas de Arquitectura legal que, ante todo, debe de examinarse si la pared medianera es susceptible del recargo de la mayor elevación que se pretende imponerla, caso de que no se construya de nuevo, reconociéndola peritos, para no exponer la medianería á graves contratiempos.

Inútil es advertir que la parte de pared construída, en el caso que regulan los dos primeros apartados de nuestro art. 577, pertenece á quien la construyó. Y si de ello pudiera existir la más leve duda, quedaría desvanecida por el siguiente artículo, que autoriza al propietario ó propietarios colindantes para adquirir en dicha parte de pared los derechos de medianería, mediante las justas y correspondientes indemnizaciones.

Para la ejecución de todas las obras que lleva consigo la elevación ó mayor profundidad de la pared, puede el dueño respectivo servirse de la medianera, como antes venía haciéndolo y en la forma que autoriza el art. 579, es decir, introduciendo vigas, traviesas ó barrotes, sosteniendo andamios, etc., siempre que no traspase la línea media de la medianera ni impida el uso común y respectivo de los demás propietarios colindantes.

Si del previo juicio práctico á que antes aludíamos, como consecuencia del examen de la pared que haya de elevarse, resultara peligrosa tal obra, es de oportunidad la aplicación del párrafo tercero del art. 577, es decir, procede la destrucción de la pared medianera, para reconstruirla de nuevo con todas las condiciones y garantías de solidez, de igual altura á la anterior, y además la mayor elevación que consientan las Ordenanzas ó la que dentro de las disposiciones de estas últimas pretenda darle en su exclusivo beneficio, uno de los propietarios colindantes.

Puede acontecer que la nueva pared se construya de mejores condiciones sólo por razón de los materiales en ella invertidos, en este caso no precisa aumentar su espesor con relación al qu

antes ya tenía, ni por tanto ocupar profundidad ó espacio mayores en uno de los predios colindantes. Mas si el dictamen de peritos aconseja tal precaución, es de rigor, según el antedicho párrafo tercero, adoptarla, puesto que ella representará entonces la aplicación del principio de indemnización de perjuicios y abono de expensas y de conservación que hayan de otorgarse al dueño que no contribuyera á dar más elevación, espesor ó profundidad á la pared.

No se dirá que, con todo esto, dejan de respetarse suficientemente los derechos é intereses del expresado dueño, cuando se obliga al otro, en el caso á que venimos aludiendo, á reconstruir toda la pared á su costa, y, cuando proceda darla mayor espesor, á buscar el espacio correspondiente en su finca y no en la del vecino.

Si esto último acontece, es natural y comprensible que la nueva pared medianera en el punto común de elevación que disfrutan comúnmente ambos propietarios, pertenezca á éstos en las propias condiciones anteriores, aunque ocupe más terreno del uno que del otro, con lo cual se ensanchará el del segundo, porque vendrá á dividirse por mitad entre los dos, le total que abrace la nueva medianería; pero esto se considera compensación, en favor de uno de los referidos dueños, de los perjuicios que sufre por consecuencia del mayor peso que experimenta dicha medianería, y de la servidumbre forzoza que á aquél se le impone de tener que someterse al ejercicio de la facultad que á su vecino contiguo otorga el artículo que venimos comentando.

La parte de pared superior, mientras no se haga medianera, por virtud de la aplicación del siguiente artículo, reviste todos los caracteres de simple pared contigua. En su consecuencia, no estará sujeta á las restricciones que lleva implícitas la segunda, y su dueño podrá abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces, servirse de la misma en todo su espesor y destinarla á todos los usos que le plazca, siempre que no entorpezca el derecho del vecino ó dificulte el ejercicio de servidumbres que tenga el mismo reconocido á su favor. Por esto, dicen los Códigos guatemalteco y mejicano (artículos 1.261 y 1.116) que en los casos de la mayor elevación ó reconstrucción de la pared, ésta continúa medianera hasta la altura en que lo era antiguamente, aun cuando haya sido edificada de nuevo á expensas de uno solo;

y desde el punto donde comenzó la mayor altura es propia exclusivamente del que la edificó.

***

El contenido del art. 578 representa un derecho ó facultad otorgado á los que, en el caso del artículo anterior, no hayan contribuído á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared. De modo que tal facultad podrá ejercerse aun contra el consentimiento del dueño ó dueños que llevaron á cabo dichas obras y á quienes sólo, como compensación de justicia, se les concede el percibo de indemnizaciones consistentes en el importe de la obra, proporcionalmente á la parte de medianería que se trate de adquirir, total ó parcial, y en el pago de la mitad del valor del terreno sobre el que hubiese dado mayor espesor á la pared nuevamente hecha.

La proporcionalidad en el importe de la obra, á que alude nuestro art. 578, significa ó comprende la idea, que antes indicamos, de adquirirse los derechos de medianería en toda ó en parte de la pared superior, ó según sean uno ó más de uno los propietarios contiguos á que se refiere el antedicho artículo, porque entonces éstos pagarán la misma cuota de dicho importe que representen en la mancomunidad ó solidaridad entre ellos existente. El pago del importe de la obra por lo que se refiere á la adquisición total ó parcial de los derechos de medianería, variará según se presente uno ú otro de estos dos casos. Pero, ¿y el de la mitad del terreno sobre el que se hubiese dado mayor espesor á la nueva pared? Es decir, ¿deben siempre los propietarios contiguos pagar dicha mitad aunque no adquieran más que en parte los referidos derechos de medianería, ó sólo proporcionalmente también á tal adquisición parcial? Aunque la pared superior actúa toda lo mismo sobre la inferior y resulta necesario su mayor espesor, y por tanto, el terreno de mas para la sustentación ó cimentación, tanto en el caso de que los expresados propietarios la lleguen á disfrutar, como en el de que sea usada solamente por el que la construyó, es de justicia que si los primeros no van á aprovecharse de toda la pared no satisfagan las mismas indemnizaciones que si el aprovechamiento fuera total, y ya que entonces no se les exige el pago de toda la obra, justo es que tampoco estén obligados al de la referida mitad del valor del terreno, sino á la parte de aquella mitad

que corresponda exactamente con la del disfrute que van á tener en la nueva medianería. Igual idea de proporcionalidad hemos visto que resplandece en todo lo referente á la reparación, construcción y mantenimiento de paredes, vallados, setos vivos, zanjas y acequias medianeras.

Mas con relación á nuestro art. 578, de lo que se trata es de la adquisición de pared ó parte de pared que posteriormente habrá de resultar medianera si se ejercita el derecho á que el artículo alude, por parte de quien, en otro caso, habría de construir proporcionalmente la pared. Por esto, ya que no lo hizo en su tiempo, lógico parece que posteriormente preste equivalente cumplimiento al mismo deber en la única forma posible, ó sea en la de indemnización de los propios gastos que en el primer caso invertiría forzosamente.

Los Códigos francés (art. 660), italiano (555), portugués (2 333) y chileno (854) no preceptúan la indemnización proporcional en el caso que regula nuestro art. 578, lo que solamente hacen los Códigos mejicano (art. 1.117), de Guatemala (1.262) y otros, quizá porque los primeros aludan únicamente á la adquisición de los derechos de medianería en toda la totalidad de la elevación de la pared antiguamente medianera, previendo los últimos y nuestro Código civil dicho caso y el de adquisición parcial además, para que, de este modo, queden resueltas toda clase de dudas posibles.

El problema regulado por el artículo que comentamos, provoca una cuestión de importancia evidente, tratándose de servidumbre de medianería; es á saber: la mayor parte de los Códigos modernos extranjeros consignan, como prescripción fundamental, con respecto á dicha materia, la de que, *en todos los casos*, y aun cuando conste que una cerca ó pared divisorias pertenecen exclusivamente á uno de los predios contiguos, el dueño del otro predio tendrá el derecho de hacerla medianera en todo ó en parte, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del valor del terreno en que esté hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende; así lo dispone textualmente el art. 854 del Código chileno; y en igual sentido, ó con imperceptible variante de términos, hacen obligatoria en sus respectivos países tal doctrina, los Códigos de Italia (art. 556), de Francia y Austria (661), Holan-

da (683), de Bolivia (540), de Portugal (2.328), y los de los cantones suizos.

Sin embargo, nuestro Código, en ninguno de los nueve artículos que destina á regular la servidumbre de medianería, establece tal prescripción, ni ninguna otra análoga, como tampoco se deduce por reglas de interpretación, de las que llevamos examinadas ó del art. 579; sólo para el caso en que se dé mayor elevación, profundidad ó espesor á la pared medianera, otorga los derechos de medianería á los propietarios que no contribuyeron á ejecutar tales obras. Para los demás, al parecer, no autoriza los referidos derechos; y más es de creer así, cuando los Códigos mejicano y de Guatemala, cuyas huellas sigue con mayor fidelidad, en la materia de que tratamos, el español, en sus artículos 1.112 y 1 257 respectivamente, disponen por modo categórico que el propietario de una finca contigua á una pared divisoria, no medianera, sólo puede darle este carácter por contrato con el dueño de ello.

Es cierto que nuestro Código no ha hecho suya esta prescripción en cuanto no la ha incluído en su articulado; pero existe un fallo del Supremo Tribunal de Justicia, fecha 15 de Enero de 1869, en uno de cuyos considerandos se expone que el principio de que el dueño de un edificio contiguo á otro de mayor elevación puede adquirir en la parte de pared, que para el efecto ocupe, los derechos de medianería, siempre que no impida el uso de alguna servidumbre legalmente constituída, y pague proporcionalmente el importe de la obra que utilice, no es doctrina de jurisprudencia admitida por los Tribunales, porque esto equivaldría á una expropiación de la propiedad, que sólo puede tener lugar en los casos y en la forma que prescriben las leyes especiales.

De modo que, habiendo sido conocida de los autores de nuestro Código esta doctrina jurídica, sin haberla derogado terminantemente, ni adoptado la que hemos dicho consignan la mayoría de las legislaciones extranjeras, aplicándola solamente, sin otra ampliación, al caso de mayor elevación, profundidad ó espesor de la antigua pared medianera, lógica y legal es la suposición de que en materia que es de interpretación estricta, como sucede con toda la de servidumbres, por haber de favorecerse siempre la mayor libertad de los predios, no debamos aconsejar, visto el significativo silencio del Código, la práctica del derecho que en

favor de los propietarios de edificios contiguos á pared superior, no medianera, otorga nuestro art. 578, en todos los casos y aun cuando conste que una cerca ó pared divisoria pertenezca exclusivamente á uno de los dueños de los predios limítrofes.

ART. 579. Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para usar el medianero de este derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y, si no lo obtuviere, se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique á los derechos de aquéllos.

Concordancias.—Igual al art. 520 del proyecto de Código de 1851 y al 581 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo anotado es el que propia y exclusivamente se ocupa en determinar los derechos de los propietarios de una pared medianera. Los artículos precedentes tratan de modalidades diversas que para nada determinan las facultades de que disfrutan aquéllos exclusivamente con relación á la referida pared, excepción hecha del 577, que lo hace por incidencia.

Diferentes sistemas se han adoptado por las legislaciones civiles extranjeras al establecer los mencionados derechos. Desde los Códigos francés y chileno (artículos 657 y 855 respectivamente), que autorizan á los medianeros para apoyar sus construc-

ciones en la expresada pared, haciendo descansar en ella tirantes, maderos ó carreras en todo el grueso de aquélla, dejando solamente un espacio de cincuenta milímetros ó un decímetro de la superficie opuesta, sin perjuicio del derecho que tiene el vecino de este lado de desbastar los tirantes ó maderos, ó recortarlos hasta el medio de la pared, pero sin desvirtuarlos, hasta la prescripción 2.330 del Código portugués, que autoriza á cualquiera de los condueños para edificar sobre el muro común, introduciendo en él las maderas y barrotes que quiera, mientras no traspase la línea media de la pared, los restantes Cuerpos legales extranjeros, excepción del mejicano y de Guatemala (artículos 1.118 y 1.263 respectivamente), cuyas huellas literalmente sigue el precepto que comentamos, adoptan modalidades varias con arreglo y teniendo presentes los dos primeros modelos. Tiene significación el inspirarse en uno ú otro sistema, pues, en un caso, los derechos de cualquiera de los medianeros se extienden al disfrute de todo el espesor de la pared, con una pequeña diferencia de parte del lado opuesto, y con el objeto seguramente de que los maderos, carreras y otros elementos de sostén de construcciones no salgan á tal lado, y en el otro, existe la limitación determinada por haber de ejecutarse el apoyo de las edificaciones ó introducciones sólo hasta el medio del grueso de la pared, en lo que conviene nuestro Código además con el portugués.

¿No parece una manifiesta contradicción la que se observa en el primer apartado del art. 579, consignándose el principio de que cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en *proporción* al derecho que tenga en la comunidad, y después que la edificación é introducción de vigas sobre y en dicha pared ha de tener lugar sólo hasta la *mitad* del espesor de la misma? A primera vista, indudablemente sí, puesto que lo proporcional no implica nunca cantidad fija, y porque la primera parte del referido apartado consigna el principio general, siendo la segunda como un ejemplo ó aclaración de lo en aquélla dispuesto.

Nosotros creemos destruir esa aparente contradicción, afirmando que la proporcionalidad á que se refiere el primer párrafo del art. 579 se contrae al disfrute de la pared medianera á lo largo, es decir, de arriba á abajo; y la facultad de poder apoyar en aquélla, edificaciones ó introducir vigas hasta la mitad del espe-

sor, como es natural, alude al disfrute de dicha pared á lo ancho, ó sea de dentro á fuera. Por manera que este último tipo es permanente; aunque sea un pedazo insignificante de pared aquel en que tenga uno de los propietarios colindantes la servidumbre de medianería á su favor, lo mismo tendrá en dicha pequeña porción la facultad de poder edificar apoyando su obra é introduciendo vigas hasta la mitad del espesor de la tantas veces citada pared. Según todo lo expuesto, variará la pertenencia del muro medianero á favor de cada uno de sus condueños, considerado aquél longitudinalmente, siendo siempre la misma tal pertenencia en cantidad con relación á la latitud ó espesor del referido muro.

La idea de proporcionalidad que el artículo comprende en sus primeras palabras y que ya se emplea en los preceptos anteriores con alguna frecuencia, ó sea la determinación de derechos, en el caso presente, según la mayor ó menor participación que se tenga en la mancomunidad, nos recuerda lo que en el prólogo de esta sección cuarta, encargada de regular la servidumbre de medianería, djimos al combatir fundadamente este último concepto, sustituyéndolo, en nuestro juicio con más acierto, por el de comunidad de personas en el dominio y disfrute de la pared medianera. Hasta los artículos 393, 394 y 579 tienen en el fondo alguna semejanza, toda vez que los primeros estatuyen que el concurso de los partícipes, tanto en los *beneficios* como en las cargas, será *proporcional* á sus respectivas cuotas, y cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme á su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida á los copartícipes utilizarlas según su derecho.

La proporcionalidad en cuanto á las cargas en la servidumbre de medianería existe asimismo, porque ya hemos visto que, según el art. 575, la reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor la medianería en *proporción* al derecho de cada uno.

El segundo párrafo de nuestro artículo, tal cual está redactado, no tiene precedente literal en los Códigos extranjeros que hemos examinado, aunque doctrina muy semejante establecen los ar-

tículos 1.119 y 1.264 de los de Méjico y Guatemala. Y verdaderamente tampoco nosotros le encontramos lógica explicación. En efecto, dicho párrafo alude sin duda alguna al *derecho* consignado en el apartado anterior de poder cada condueño edificar apoyando su obra en la pared medianera ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros, no á los demás derechos ó conjunto de ellos á que, en general, se refiere la primera parte del párrafo también primero del art. 579; tal deducción, previa la lectura de éste, es gramaticalmente exacta.

Pero entonces no se comprende por qué no pudiendo excederse cualquiera de dichos condueños, en el disfrute de la mitad del espesor de la pared, precise el previo consentimiento de los demás interesados en la medianería; se necesitaría éste si el referido precepto adoptase el sistema de los Códigos italiano, francés y chileno, que ya hemos expuesto, ó sea, cuando los condueños pudieran usar casi todo dicho espesor, porque en tal caso el propietario del edificio opuesto podría querer ejercitar su derecho por el propio sitio de la pared, y de ahí resultaría el conflicto de derechos, y por tanto, la necesidad de avenencia, previo consentimiento ó decisión pericial. Mas si cada condueño de ambos lados no ha de poder, en ningún caso, sobrepasar el límite que le fija el artículo que comentamos, huelga el beneplácito del otro ú otros copartícipes en este punto concreto, pues aquél para nada va á ser perjudicado en sus derechos. Por esto, con mayor propiedad dicen los Códigos mejicano y guatemalteco, en los preceptos antes citados, que en caso de *resistencia* por parte de los propietarios á que se haga la obra de apoyo de la edificación ó introducción de vigas, personas peritas fijarán las condiciones necesarias para que dicha obra no perjudique á tales dueños. Todavía mejor sería que ni esta restricción existiese, porque tanto el asentimiento tácito por parte de aquéllos, hasta que muestren la resistencia, como el consentimiento solicitado y obtenido previamente, siempre son ideas que pugnan con el ejercicio de una facultad de disfrute que puede perfectamente hacerse compatible con el de los demás derechos que asistan á los otros interesados en la mancomunidad de la medianería.

El por qué nuestro art. 579 señala el límite de la mitad del espesor de la pared para introducir en ella vigas ú otra clase de so-

portes ó apoyos de construcción, lo hallamos en las consideraciones técnicas que exponen, con verosimilitud comprensible á los profanos, algunos tratadistas de Arquitectura legal. Según éstos, si cada condueño quisiere ejecutar construcciones ó introducciones de maderos, no podrían usar todos de igual facultad más que hasta la mitad del grueso del muro medianero. Esta prevención debiera tenerse presente siempre para evitar cuestiones, ya que algúnos acostumbran á construir contando con el apoyo que ofrece el máximum de entrada de la madera, y al introducir el condueño otras en el mismo punto, tiene que cortar el primero las que él introdujo, las cuales no le ofrecen así tanta seguridad é imposibilita algunas veces que pueda subsistir lo construído. Si no ofrece bastante seguridad el apoyo hecho en la mitad de la pared, deberá disponerse de otro modo, aumentándose, por ejemplo, el grueso de la medianería en la propiedad del que quiere construir, ó hará éste uso de otras construcciones especiales que den el último resultado.

Encontramos, sí, muy conveniente el consentimiento previo para el ejercicio de los demás derechos á que alude en general el primer párrafo del art. 579, porque en ellos quizá, en algún caso, puede perjudicarse á los demás medianeros.

Un ejemplo de obras que pueden perjudicar á los derechos de los propietarios medianeros, construídas por uno de éstos, es el de chimeneas, para cuya ejecución aconsejamos el previo consentimiento de los dueños del edificio opuesto, porque éstos bien podrían querer construir otra por el lado de su propiedad, y en tal caso, constituiría un peligro evidente la adyacencia de dos obras de tal índole, y además no hecha una de ellas con ciertas condiciones y seguridades, podría influir en la solidez de *toda* la pared medianera. Entonces el dictamen pericial está indicado con el fin de conciliar las aspiraciones é intereses, quizá encontrados, de los condueños medianeros. Otra de las obras que exigen el indicado requisito, el ejercicio de la cual constituye, según dijimos, otro de los derechos que asisten á dichos condueños, es el de poder alzar la pared medianera, sobre todo si no precede el parecer de peritos que aprecien dicha obra como inofensiva ó no perjudicial al predio contiguo; así parece deducirse del contexto del art. 577, anteriormente examinado.

Téngase presente, en el primer caso, ó sea en el relativo á la

construcción de chimeneas, que éstas, según el art. 590, son de las obras que en pared ajena ó medianera no pueden llevarse á cabo sino mediante ciertas condiciones que en dicho precepto se detallan; y en el caso del citado art. 577, como ya sabemos, han de cumplirse además otros requisitos para el ejercicio del derecho de elevación de la pared medianera. También, si con cualquier objeto, un medianero quisiera excavar aquélla, precisará el consentimiento referido, ó en su defecto, el juicio de peritos.

En cuanto á la construcción de pozos, letrinas, hogares, fraguas, hornos ú otras obras análogas, un medianero tiene también el derecho de exigir al otro, no sólo el cumplimiento del expresado art. 590, sino el de las condiciones que, en especial, prescriban las Ordenanzas locales, y no existiendo aquéllas, los usos de cada lugar. Reglas muy minuciosas contienen, respecto al particular, las Ordenanzas municipales de Madrid, aprobadas en 12 de Mayo de 1892, y vigentes desde 15 de Agosto del mismo año, al detallar en sus artículos 722 á 743 y 757 á 796, las condiciones generales de la construcción, las precauciones contra incendios y las reglas de higiene á que han de sujetarse las construcciones de nueva planta.

Como apéndice á todo el tratado de medianerías, podemos advertir aquí que las reguladas por el Código en la sección cuarta, capítulo II, tít. VII de su libro segundo, ó sea las que acabamos de examinar, son las llamadas *verticales*, según los autores y comentaristas. Hay otras denominadas *horizontales*, con acertada expresión, y que aparecen tratadas en el art. 396 del Código, en el título de la comunidad de bienes, con relación al caso en que los diferentes pisos de una casa pertenezcan á distintos propietarios, siendo entonces de uso común las paredes maestras y medianeras, el tejado, el pavimento del portal, puerta de entrada, patio común, la escalera que desde el portal conduce al piso primero, excepto del dueño del piso bajo, y las demás escaleras, con excepción también de los dueños de los pisos inferiores respectivamente á ellas.

SECCIÓN QUINTA

De la servidumbre de luces y vistas.

El Código se ha apartado del Derecho romano en la doctrina objeto de esta sección. Claro es que el derecho de luces ó vistas, el de recibir luz ó de ver el fundo ajeno, es siempre el mismo, pero su determinación es diversa en la legislación nacional vigente con relación á la romana.

La sección contiene preceptos de naturaleza distinta: unos son afirmativos de la servidumbre de luces y de la de vistas, otros no implican ésta. El Código regula en esta sección el derecho de vistas, bien derive del de propiedad, bien traiga su origen de una servidumbre.

El primer artículo de la sección, el 580, prueba lo acabado de afirmar. Se trata más bien que de una servidumbre, de una manifestación del derecho de propiedad común, pues en él se determina que ningún medianero puede abrir huecos en la cosa común sin consentimiento de los demás. Es una regla especial de la comunidad de la pared divisoria de dos edificios. Es cuestión entre comuneros, y, por tanto, de propiedad.

Decimos lo mismo del art. 581, aunque á primera vista ocurra pensar lo contrario. Es cierto que al concederse al dueño de una pared no medianera, contigua á finca ajena, el derecho de abrir en ella huecos con las condiciones que en el mencionado artículo se indican, parece establecerse una servidumbre en cuanto se le otorga el derecho de recibir luz del fundo ajeno é inspeccionar éste; pero como á su vez se reconoce al dueño

del predio contiguo la facultad de edificar en éste tapiando los huecos, resulta que ambos derechos no son sino manifestaciones recíprocas del derecho de propiedad. En puridad, no puede decirse que hay servidumbre cuando una persona usa libremente de su cosa sin adquirir ó sin restringir un uso de otra.

El propietario del edificio, al abrir los huecos determinados en el art. 581, no hace sino usar libremente de su propiedad, y lo mismo el del terreno lindante construyendo al lado del edificio de los huecos. La servidumbre supone algo que se prolonga material ó idealmente sobre el fundo ajeno; cuando no hay esta expansión jurídica, cuando el propietario se mantiene dentro de su cosa, los derechos que ejercite sobre ella los ejerce por derecho de propiedad.

Pueba también nuestra afirmación la conocida frase de que los huecos á que se refiere el art. 581 son de «mera tolerancia», palabras que expresan que no se trata de verdadera servidumbre. Y lo confirma indirectamente la doctrina referente á la adquisición de la servidumbre por prescripción del art. 538, establecida ya por la jurisprudencia y que la legislación anterior consignaba.

Dice una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1877, y no lo contradice dicho artículo, que, según la ley 15, tít. XXXI, Partida 3.ª, el uso no da derecho á mantener en paredes propias huecos laterales ó ventanas con perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, puede construir libremente en contigüidad, ó dar mayor elevación á construcciones existentes, á no ser que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces, consintiendo este

acto obstativo y transcurriendo después el tiempo fijado por la ley; ó sea, según dice el referido art. 538, en las servidumbres negativas (como lo es la expresada que sólo pueden existir en tanto que el que ha de sufrirlas se priva de ejecutar actos que, en otro caso, realizaría libremente, como consecuencia de su omnímoda facultad dominical), el tiempo de posesión para adquirirlas por prescripción se empezará á contar desde el día en que el dueño del predio dominante hubiese *prohibido* por un acto formal (acto obstativo) al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre. Asimismo, la sentencia de 6 de Marzo de 1875 determina que las servidumbres de luces y de vistas, ó sean las conocidas con los nombres de *altius tollendi* y *ne prospectui officiatur*, como negativas que son, no pueden ser prescritas, aun siendo continuas, por más que hayan transcurrido veintiocho años de uso, si falta el indispensable requisito para la prescripción, de prohibir por una parte, consintiéndolo la otra, la libertad de la finca sobre que se pretenda constituirlas; estimando la sentencia de 13 de Mayo de 1882 que los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos, son de *mera tolerancia*, salvo pacto ó concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo, en razón á que cuando alguno se aprovecha de esas luces aspira á constituir una servidumbre negativa para que el dueño de la finca á que afectan no pueda construir en contigüidad, ni por consiguiente perjudicarlas. Igual doctrina se contiene en las sentencias de 10 de Mayo de 1884, 12 de Noviembre de 1889, 31 de Mayo de 1890 y en otras muchas.

Ese acto obstativo, que la jurisprudencia cita y á que el mencionado art. 538 alude, representa el reconocimiento que el señor de la finca sirviente hace de la servidumbre de luces y vistas á favor de su convecino y, por lo tanto, desde entonces se produce la existencia de un mutuo tácito convenio, comprensivo del referido gravamen, pues existiendo título de constitución, no ha lugar á duda alguna.

De modo que, frente al derecho de uno de dichos dueños, de alumbrar su casa, mientras no entorpezca derecho ajeno ó intereses públicos, existe otro en el colindante, de elevar su propiedad cuanto quiera, á no prohibirlo las Ordenanzas ó usos de la localidad, derechos opuestos que se neutralizan y dan por resultado la no existencia de servidumbre.

El art. 582 y sus accesorios el 583 y el 584 atañen sí á una servidumbre, pero no de vistas, en el rigorismo jurídico, sino una *de distancia para construir con huecos*.

El criterio expuesto es atrevido, en cuanto va contra el Código español y diferentes extranjeros, mas lo creemos cierto. En la servidumbre denominada real, el dueño del predio dominante es el que goza del derecho en que consista aquélla; y el del sirviente, el que sufre en su consecuencia alguna restricción en su dominio (no hacer ó dejar de hacer algo). Conforme á este principio capital, en la servidumbre de vistas, el que tenga á su favor ésta no deberá experimentar limitación alguna en sus derechos de dueño y sí el que la sufre, y en el caso del art. 582 sucede lo contrario. El dueño del edificio en que existen los huecos, al que hay que reputar predio dominante, es quien ve restringidas sus

facultades dominicales, porque debe dejar una porción de su terreno en beneficio del que, al parecer, sufre las vistas. Resulta, pues, una servidumbre á la inversa, por cuanto que el dueño del supuesto predio dominante es quien experimenta la prohibición de un uso (edificar), y el sirviente el que obtiene el beneficio.

El precepto del art. 582 es, por tanto, una servidumbre negativa de distancia, consistente en la prohibición de un uso específico de la cosa (no edificar á cierta distancia) en pro del fundo contiguo. Se ve ostensiblemente que es una servidumbre análoga á la de los artículos 590 y 591, á cuyo lado debiera figurar.

La verdadera servidumbre de vistas se encuentra en el art. 585: derecho de ver sobre el fundo ajeno *(ius in predium vicini proiiciendi)*. Aquí sí hay servidumbre de vistas porque el que goza de ella, ó sea el dueño del edificio con los huecos, mira sobre suelo *ajeno*, no sobre el propio, como en el caso del art. 582, y tiene facultad de impedir al dueño del sirviente que edifique en éste, pero no sufre la restricción de edificar en el suyo. Es incomprensible hablar de servidumbre de vistas fuera del caso del art. 585; servirse de vistas propias no es servidumbre de vistas.

En este artículo (585) se habla de la prohibición de edificar, y, por lo tanto, de alzar *(altius non tollendi)*, efecto principal de la servidumbre de luces y de vistas. Por esto sin duda no se ocupa el Código particularmente de ella, puesto que de nada serviría la de luces y vistas sin la prohibición de edificar: ésta es inherente, va implícita con aquélla.

Como dijimos al principio, el Código regula en esta

sección el derecho de luces y el de vistas (lo llamaremos así), cualesquiera que sea el origen del derecho. Ha querido agrupar las varias manifestaciones de ésta, sacrificando la verdad científica en aras sin duda del más fácil estudio de la doctrina.

ART. 580. Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno.

Concordancias.—Igual al art. 530 del proyecto de Código de 1851 y al 585 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. *--Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 2.ª*— Vrbana seruidumbre, diximos en la ley ante desta, que ha nome en latin, aquella que ha vn edificio en otro; assi como..... para abrir finiestra por do entre la lumbre a sus casas; o auer tal seruidumbre la vna casa en la otra, que la nunca pudiesse mas alçar, de lo que era alçada a la sazon que fue puesta la seruidumbre, por que le non pueda toller la vista, nin la lumbre, nin descubrirle sus casas.

COMENTARIO.—Lo primero que se echa de ver por la lectura del artículo anotado es su inadecuada colocación. Aunque hable de ventana y hueco para recibir luces ó vistas, según se supone, ni tiene relación directa con las servidumbres que al presente estudiamos, ni ofrece duda alguna que comprende un punto importante de medianería, ó sea otra de las facultades que á los medianeros, en la pared común, les compete, y que debió, por tanto, estudiarse á continuación, por ejemplo, del artículo 577 ó del 579, ó interpolada en el contenido de los mismos. Este sistema sigue el Código portugués (art. 2 329), entre las legislaciones extranjeras que hemos hojeado. El legislador español, en la duda que le produjo el dar más propia cabida á precepto que se refería á dos distintos tratados del Código, colocó el art. 580 en el lugar más impropio, equivocación en que asi-

mismo incurren, á nuestro parecer, la mayor parte de los Códigos extranjeros, cuyo precedente siguió el nuestro.

El referido artículo es lógico con uno de los principios fundamentales que rigen en materia de medianerías, pues si es doctrina legal, según el art. 579, que en el espesor de la pared común sólo cada comunero tiene derecho al disfrute de la mitad de la misma, la apertura de ventanas y huecos para recibir luces ó vistas, en todo el referido espesor, como es natural y preciso que así se haga, por parte de un condueño sin permiso del otro, contradiría dicho precepto general. El propio permiso se necesita, y exige para que uno de aquéllos pueda introducir vigas hasta la mitad del espesor del muro medianero; y si esto es lo menos, con relación al caso que regula el art. 580, lógico es que éste determine como indispensable la concurrencia del requisito que menciona.

Disposición contraria á la que examinamos comprende el Derecho foral de Aragón, pues, según la *Observancia 6.ª del libro VII,* cualquiera está facultado para abrir ventanas en pared común, para fines de luces ó de vistas, como también el vecino cerrarlas ó inutilizarlas, levantando su edificación, si el edificio en que se abrieron puede recibir luz por otro punto, pues si no las luces y vistas se establecerán por designación del Tribunal. En Cataluña, y según la 46 *Ordinación de Sanctacilia,* no puede abrirse ventana en pared que toca á la del vecino, si éste tuviere otra ventana inmediata, á no ser que la nueva se abra á seis palmos de *destre.*

La disposición del art. 580 no obsta á que, entre los dos medianeros, se otorgue título, como así es natural, por virtud del cual el uno se avenga, no ya solamente á dar el consentimiento de que venimos hablando, sino á sufrir la carga de tolerar vistas ó luces sobre su predio; y entonces resultaría una verdadera servidumbre de tal especie, aunque lo normal de ella es que se trate de apertura de huecos en pared propia y que linde por completo con predio ajeno.

Ya sabemos que, según el número primero del art. 573 que hemos comentado, es precisamente signo contrario á la medianería el que en las paredes divisorias de los edificios existan ventanas ó huecos abiertos; de modo que, probándose que éstos se practicaron sin consentimiento de ninguna otra persona, sino

libérrimamente por el que se creyera dueño de la pared, la medianería pretendida por un tercero no tendría reconocimiento legal, según el Derecho.

Y si se negare el condueño á conceder el permiso de que venimos hablando, ¿qué recurso le quedará al otro para poder alumbrar ó dar vistas á su casa? ¿Podrá acogerse al derecho que menciona el párrafo segundo del art. 579, según el cual el medianero que quisiera usar de la facultad de introducir vigas hasta la mitad del espesor de la pared ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería, y si no lo obtuviere, «se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique á los derechos de aquéllos»? Opinamos negativamente, porque este último derecho puede ser indispensable á la solidez y conservación de la edificación que trate de apoyarse con la referida viga, y la resistencia, quizá caprichosa, de un medianero á dificultar ó impedir dichos fines, podría traer las graves consecuencias del desmoronamiento ó inseguridad de dicha edificación, y, al fin, con tales obras, su dueño no pretende aprovechar más que la mitad del espesor de la pared común. En el caso regulado por nuestro artículo 580, se trata del aprovechamiento de la pared en todo su espesor por un solo condueño y por eso es necesario el consentimiento del otro; por eso el artículo es terminante en su contenido, en el que figuran las palabras «ninguno» y «hueco alguno».

Puede citarse también en apoyo de la opinión negativa al caso que estudiamos el art. 597, conforme al cual, es necesario el consentimiento de todos los copropietarios para imponer una servidumbre sobre el fundo indiviso, hasta el punto de que la concesión hecha por algunos queda en suspenso, en tanto que no la otorgue el último de los comuneros.

Es cierto que hemos manifestado que el art. 580 se refiere más bien á la materia de comunidad de bienes, pero también lo es que el Código lo incluye en la sección de servidumbres, y desde este punto de vista cae bajo la jurisdicción del citado art. 597.

ART. 581. El dueño de una pared no medianera, contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras, ó

inmediatos á los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiera pactado lo contrario.

También podrá cubrirlos edificando en su terreno ó levantando pared contigua á la que tenga dicho hueco ó ventana.

Concordancias.—Análogo al art. 531 del proyecto de Código de 1851 é igual al 586 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Los requisitos que respecto á apertura de huecos en paredes comprenden los artículos que á continuación hemos de examinar, se relacionan solamente con los muros contiguos, no medianeros; porque, en cuanto á éstos, no tiene aplicación lo de la distancia que ha de existir entre dichos huecos y la finca adyacente, ya que hemos repetidamente expresado que las paredes medianeras de edificios (á los que únicamente convienen las luces y vistas) separan sólo á éstos, y son tales hasta el punto común de elevación, y porque las condiciones de construcción de las ventanas y demás huecos en los muros medianeros han de concertarse libremente por sus copropietarios, después de señaladas principalmente por el que haya de ser dueño sirviente, por corresponderle, con arreglo al art. 580, la concesión del permiso para la apertura de huecos, y, como es natural, de la forma y cerramiento de los mismos, mediando ó no las compensaciones que solicite del dueño del predio dominante y á que el mismo acceda.

La simple lectura del art. 581 indica la no existencia, según el mismo, precisamente, de la servidumbre de luces y vistas, y crea, por el contrario, un gravamen ó restricción al que pudiera llegar á ser señor de la finca dominante, para que, en todo caso,

no construya ventanas ó huecos en dirección al predio vecino, sino con las condiciones que taxativamente enumera dicho artículo.

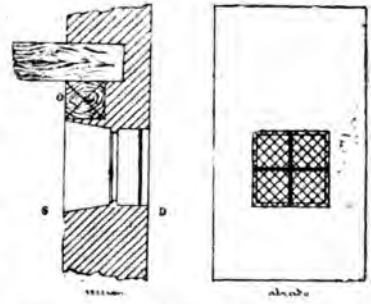
Como éste no se ocupa más que de paredes contiguas, y no medianeras, las luces que se trata de obtener con la abertura de hueco ó ventanas, pueden dirigirse á casa ó á jardín, huerta, corral y, en general, á toda clase de predios rústicos adyacentes; por esto el segundo párrafo del precepto que comentamos se refiere, en términos comprensivos, á «finca ó propiedad contigua», porque lo mismo pudieran fiscalizarse desde los huecos los actos que se ejecutaran por el propietario inmediato en su propia casa, ó en locales abiertos de suelo á cielo. Esta última reflexión nos conduce á formular la siguiente duda: ¿Tiene aplicación el art. 581 al caso en que el edificio en que se trata de conseguir luces, linde con fundo abierto por los tres lados restantes, ó simplemente acotados por mojones, vallados ó setos de muy poca elevación? Uno de los objetos que el derecho persigue, al reglamentar la facultad de obtener luces, sin menoscabo de la que corresponde al dueño de la finca inmediata, ó sea, el de respetar la inviolabilidad del asilo ajeno, hasta contra simples inspecciones de persona extraña á las que con el primero vivan, resulta inútil en el caso propuesto, porque aunque dicho último dueño no pudiera ser vigilado desde la edificación próxima, lo sería en cambio públicamente desde la calle ó tránsito común para toda clase de personas.

Un poco expuesto nos parecería, sin embargo, el circunscribir nuestro artículo á los casos de aparecer debidamente cerrada la finca contigua al predio en que se hayan de abrir las ventanas ó huecos, porque si bien es consideración cierta la indicada, también es verdad que al mencionar el párrafo primero del art. 581 que el hueco ha de cubrirse con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre, supone que otro de los propósitos del legislador, cuando regula el derecho á que dicho precepto hace referencia, es el del que no se arroje substancia de ninguna clase, desde ó por el hueco practicado, al fondo adyacente; y, al tratar de evitar esta contingencia, que puede interesar á toda clase de propietarios, por lo que haya de importar á la conveniencia de su predio, es indiferente que éste resulte aislado de las miradas ajenas ó que se halle abierto á las mismas. Además, el mencionado

artículo no distingue, y es fuerza darle la aplicación general que consiente, cuando, por otra parte, media el legítimo interés del propietario de dicho último predio, digno de toda clase de respetos compatibles con el que merezca el de su colindante, á quien, en tal forma, tampoco, aun mediando aquella circunstancia, puede decirse que se le priva del derecho de dar luces á su casa ó habitación, que es de lo que al presente tratamos y nos importa dejar comprobado.

Fig. 7.ª

(Artículo 581.)



Huecos para recibir luces en pared no medianera. En la sección, *O* indica la carrera, *D* el predio dominante y *S* el sirviente.

Ya puede suponerse el objeto que se persigue con ordenar que las ventanas ó huecos, para recibir luces, han de hallarse á la altura de las carreras (figura 7.ª). Dijimos en otra parte que eran éstas los maderos horizontales que descansan sobre las zapatas de los pies derechos; forman, pues, el límite superior de los distintos pisos de una casa, y por eso, aludiendo al último piso, que no puede decirse tenga carreras, el art. 581 menciona la frase «ó inmediatos á los techos». Pues bien: si las ventanas ó huecos han de hallarse del suelo del piso á tal altura, superior la casi universalidad de las veces á la de una persona, descontando también los treinta centímetros de longitud del hueco, á dicha persona se le imposibilita físicamente ó hace difícil el que pueda inspeccionar el fundo adyacente.

Otros Códigos extranjeros siguen diferente sistema del nuestro, al fijar las condiciones de altura de la ventana ó hueco sobre el piso que recibe las luces; fijan siempre una medida invariable para toda clase de construcciones, que señalan desde tres metros á lo menos (Códigos de Guatemala, Méjico y chileno, artículos 1.274, 1.129 y 875, regla 2.ª respectivamente), á dos metros y medio ó dos metros, según se trate del piso superior ó de los infe-

riores (Código italiano, art. 585) y á 26 y 19 centímetros (8 pies) en dichos dos casos (Código francés, art. 677). Juzgamos más defendible este último criterio, porque se funda en reglas fijas y más beneficiosamente aplicables á toda clase de edificaciones. Según el Código español, cuanto más altos estén los techos de los pisos, más lo estarán también las ventanas ó huecos de luces, con lo cual, y tratándose de habitaciones de gran longitud, resultará á veces contrariado el objeto del propietario de aquéllas, por beneficiar en demasía á su vecino; y en cambio, si los techos se hallan bajos, los huecos podrán dominar perfectamente la finca adyacente; aunque esto sea irremediable, por haber de contarse los treinta centímetros desde el límite de las carreras hasta el lado inferior del cuadrado. Con el procedimiento de los referidos Códigos, aunque pudieran hacerse reparos á las medidas, excesivamente limitadas, que algunos consignan, se deja logrado el fin de no ser ya fácil la inspección del fundo ajeno, porque no es corriente que la estatura de una persona exceda de dos metros y medio, se garantiza el que las luces alumbren más convenientemente al predio que las recibe y se deja legislado para toda clase de edificaciones, sean de pisos altos ó bajos, sin perjuicio para los dueños de unos ú otros ni para el de la propiedad colindante.

La reja que cierra el hueco ha de hallarse remetida en la pared, ó sea de modo que no pueda abrirse ni al interior ni al exterior, y tapada con red de alambre, cuyo espesor ó espacios que dejen entre sí los agujeros de aquélla no han sido fijados en el artículo 581, ignoramos si con intención ó por olvido involuntario. Las legislaciones extranjeras se cuidan de fijarlos, haciéndolo los Códigos guatemalteco y mejicano, según los referidos artículos, en tres centímetros á lo más, del mismo modo que el chileno en la regla 1.ª de su art. 875, y en un decímetro (próximamente tres pulgadas y ocho líneas) los francés, italiano, de Bolivia y holandés (artículos 676, 584, 560 y 693 respectivamente). Quizá los autores de nuestro Código pasarían en silencio tal particular por haber ya estatuído que los huecos se abran siempre por debajo de la línea inferior de las carreras, autorizando la laxitud en la construcción de la malla de alambre para que, en el caso de que el piso sea alto de techo, la luz tenga menos obstáculos que vencer al penetrar en la habitación. De modo que,

con arreglo á nuestro precepto, es suficiente que el alambre forme lo que se suele llamar una red, sea ésta ó no espesa.

La ventana ó hueco construídos en los términos que indica nuestro artículo en su párrafo primero se denominan ventana ó hueco de *ordenanza,* porque están hechos según lo ordenado. Si sus dueños se separaran de tales condiciones al proporcionarse las luces exteriores, entendemos que tendría derecho el propietario del fundo vecino á reclamar contra tales obras, promoviendo el interdicto de obra nueva, ó el de retener la posesión que, según la vigente ley de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 1.652 y 1.663, proceden cuando el reclamante ha sido inquietado ó perturbado en dicha posesión por actos de un tercero que signifiquen la intención de perturbar ó despojar, ó cuando una obra en construcción desconoce ese mismo derecho á poseer. En el caso actual, la apertura de huecos que no sean *de ordenanza*, según el artículo que comentamos, infringe el derecho del dueño de la propiedad colindante á que ésta no sea perjudicada con inspecciones ajenas ni con desprendimientos de cualquier substancia que pudiera ser arrojada por los mencionados huecos, derecho que pide indirectamente que sea respetado el art. 581 al señalar en su párrafo primero las condiciones técnicas que han de concurrir en la referida apertura. Y como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en sentencias de 31 de Diciembre de 1879, 11 de Julio de 1881 y otras) tiene determinado que, resolviéndose en el procedimiento de interdicto cuestiones de orden público, lo mismo se afecta éste privando á uno con violencia ó clandestinamente de una cosa corporal que poseía, como de un derecho que cuasi poseía, es clara la facultad que corresponde al perjudicado por la construcción ilegal del hueco de luces para oponerse á su existencia en tal forma, ya reclamando en el juicio ordinario que corresponda, según la cuantía, ó ya sumarísimamente, á su elección, en procedimiento de interdicto de obra nueva ó de retener ó recobrar la posesión de un derecho que legítimamente le asiste, sin que á lo dicho obste la consideración de que le están reservadas otras facultades por los apartados segundo y tercero del tan citado art. 581, al permitírsele levantar su edificación cubriendo totalmente los huecos abiertos ó adquiriendo la medianería en la pared en la cual aquéllos se hallen, porque de otro modo sería fácil burlar la intención del legislador y perjudicar considerablemente

á dicho último interesado, construyendo la ventana ó hueco con sólo alguno de los requisitos prescritos por la ley y excepcionar luego que aquél sólo puede ejercitar el derecho correlativo que le asigna el Código y no ningún otro. En muchos casos no convendrá al propietario dicho ejercicio de facultades, y sí la fundamental, en la materia que examinamos, de que el derecho de luces de su vecino no quebrante el que á él también se le concede para garantizar la inviolabilidad de su domicilio ó de sus propiedades en general.

Hablábamos antes de dos clases de interdictos, porque bien puede suceder que el hueco ilegalmente abierto esté en el período de su construcción ó ya terminado. Si ocurre lo primero, es lógica la procedencia del interdicto de obra nueva, sobre todo cuando ya se puede acreditar que, sin terminar tales obras, se ha faltado á la ley y se ha infringido un derecho de tercera persona, como si la ventana se empezara á abrir muy por debajo de los techos ó de la altura de las carreras; este solo hecho, aunque después se redoblaran otras precauciones ó garantías, es suficiente base ó motivo para la producción del interdicto de obra nueva que, según el espíritu de las disposiciones que constituyen la sección tercera del título vigésimo y libro segundo de la ley procesal citada, tiende y ha de dar por resultado la *suspensión* de una obra, aún no terminada, como es natural. Si los huecos puede decirse que están concluídos, porque no se los haya puesto reja de hierro y sí red que no sea de alambre, aunque estén aquéllos situados á la altura de las carreras ó inmediatos á los techos, no siendo eficaz ni ajustado á derecho el que se pida la suspensión de una obra ya finalizada y cuyas condiciones antilegales se ignora si modificará ó remediará su autor, pero sí conforme al número segundo del art. 1.652 de la ley de Enjuiciamiento, que se eviten las consecuencias de un acto que tiene todos los requisitos de despojo de un derecho reconocido por las leyes y poseído por la persona á favor de la cual se estableció, resultará procedente y siempre admisible la demanda en juicio de interdicto, de retener ó recobrar la posesión, apareciendo probados afirmativamente los números 1.° y 2.° del ya citado artículo 1.652.

Adquiriendo la medianería de la pared en que estén abiertos los huecos, el dueño de la finca ó propiedad contigua se hace

señor de la parte de dicha pared que linda con su predio, y en ella, á no haberse estipulado otra cosa, según también prevé el segundo párrafo de nuestro artículo, ejercitará, por propio derecho, las facultades determinadas en el art. 579 y demás concordantes de la sección anterior, que regula la servidumbre de medianería. Por esto, ordena muy exactamente el Código chileno, en su art. 877, que si la pared divisoria llega á ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz y sólo tiene cabida la voluntaria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños. Ya tenemos repetidamente advertido en qué sentido nuestro Código crea la servidumbre legal de luces, según la consideramos dimanada del concepto cuyo comentario exponemos.

Está justificado que el dueño del predio contiguo á la pared en que están abiertos los huecos pueda tapiar éstos cuando vaya á edificar casa ó espacio cualquiera cerrado que haya de apoyarse en la referida pared, y aun cuando trate de cerrar una heredad cualquiera abierta, de modo que los otros tres muros tengan, para mayor solidez, que descansar en el que cubra el hueco de luces. ¿Pero acaso se acomodará más á la equidad el que, caprichosamente, como puede acontecer en ocasiones, dicho dueño prive de luces á su vecino sin más que levantar un solo muro adosado al en que se encuentren los huecos, y que oculte éstos, aunque su predio se encuentre por los demás lados abierto y evitados los peligros de perjuicio alguno en el mismo, si se cumplen los requisitos enumerados en la primera parte de nuestro artículo al construirse las ventanas? Porque esto parece autorizar el segundo inciso del tercer párrafo de aquél, ya que, según él, basta edificar *ó levantar* simplemente *pared contigua* á la que tenga dicho hueco ó ventana, para que queden destruídas las luces y permitido por la ley tal hecho. Más racional sería el hacer intervenir, en casos tales, el juicio pericial para que, con toda clase de fundamentos, determinase en cada conflicto la conveniencia ó inutilidad de la pared que se tratara de levantar por el propietario á que se refieren los dos últimos apartados del art. 581; por esto, el Código portugués, en el párrafo 2.° del art. 2.325, autoriza solamente la edificación, para que sea lícito tapiar, por virtud de aquéllas, las lumbreras, claraboyas ó tragaluces; y el Código italiano (artículo 584, § 3.°) prescribe terminantemente que el vecino no podrá cerrar las ventanas sino en el caso de apoyar en el muro conti-

guo (que puede ser medianero) su *edificio*. El Código español ha optado por distinto criterio, manteniendo el absolutismo del derecho del dueño del terreno de edificar libremente de cielo á suelo, proclamado por los precedentes legales y doctrinales, autorizándole para cerrar los huecos, bien construyendo un edificio, bien levantando muro ó pared.

Según las *Ordinaciones de Sanctacilia 50, 1.ª, 2.ª, 14, 15, 51, 64, 41, 20, 61, 62, 46 y 63*, el Privilegio y *Recognoverunt proceres*, en su cap. XLVI, por posesión de treinta años se considera prescrito el derecho de luces por *claraboya* ó *luerna* (ventana de dos ó tres palmos de *destre* de altura, por medio de ancho) si se poseyó sin contradicción del vecino y de sus causantes, cuyo derecho se pierde con solo el hecho de cerrar una vez voluntariamente la claraboya; también puede abrirse un hueco de luces en pared propia ó común que caiga al predio del vecino, mediante convenio de los dueños en escritura; nadie puede adquirir posesión de claraboya hecha en agujeros de tapia, que se presume de derecho abierta en fraude del vecino, salvo el caso de acreditar que fué autorizado por él para abrirla; y, por eso, se prohibe alegar la posesión de ventana que no esté abierta en pared de ladrillo.

Como advertencia postrera, en el comentario del art. 581 expresamos que éste, según en otra parte hemos anticipado, con referencia á los demás siguientes artículos, no alude más que á *luces*, y no á *vistas*, puesto que es imposible ó sumamente difícil disfrutar éstas por ventanas ó huecos abiertos según las condiciones que ya referimos y explicamos minuciosamente.

ART. 582. No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia.

Concordancias.—Análogo al art. 532 del proyecto de Código de 1851 é igual al 587 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Libro IV, tit. IV, ley 8.ª del Fuero Viejo de Castilla.*—Si un ome a una casa, e quier facer finiestras en la pared de la casa, e a cabo de aquellas casas ay otras casas, e corrales tras las casas, a delante puede facer tamaña finiestra, que non saque la caveça por ella. E si ouier fecha de ante gran finiestra, e veyendolo el otro estovier año e dia, probandol' ansi como es fuero, puede la finiestra tener fasta quel otro alce sua pared...

ART. 583. Las distancias de que se habla en el artículo anterior se contarán en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de éstos donde los haya, y para las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades.

Concordancias.—Igual al art. 533 del proyecto de Código de 1851 y al 588 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 584. Lo dispuesto en el art. 582 no es aplicable á los edificios separados por una vía pública.

Concordancias.—Igual al art. 589 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 582, 583 y 584.—Los preceptos transcritos reglamentan el *derecho* á tener *vistas,* con restricciones análogas, por su significación, á las que comprende el artículo 581 regulando el derecho de *luces.* Así lo da á entender expresamente el primero de los referidos preceptos, al hablar de *vistas* rectas y al mencionar la clase de medios por donde aquéllas pueden obtenerse, ventanas, balcones ú otros voladizos semejantes.

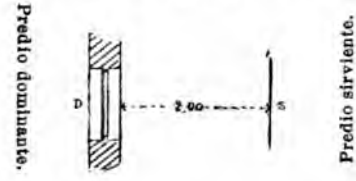
Pudiendo el que disfrute del mencionado derecho asomarse á dichas ventanas ó voladizos y hasta arrojar por ellos lo que bien le convenga, sin otras restricciones que las impuestas por las Ordenanzas municipales ó bandos de policía urbana en cada localidad, es lógica la idea de que medien distancias entre la pared en que tales huecos se abran y la línea que limita el predio vecino para garantizar el derecho del dueño de éste independientemente del que al mismo asiste para edificar más alto y obstruir, de tal modo, las referidas vistas, á no existir un acto obstativo, desde el cual transcurriera el plazo necesario para haber engendrado, por prescripción, la servidumbre de *altius non tollendi* á favor de su convecino.

Explicando la frase «ú otros voladizos semejantes», se ha dictado ya por el Tribunal Supremo una sentencia en 6 de Junio de 1892, por la que se declara que, según el art. 582 del Código civil y el principio de que, al prohibirse lo menos, se prohibe lo más, toda vez que una casa se domina y registra fácilmente, lo mismo desde un balcón que desde una barandilla construida en un terrado ó azotea, la cual por la extensión y altura que tiene dicha barandilla, equivale á un balcón de grandes dimensiones, aquélla (la barandilla) está comprendida en la prohibición de la ley.

Denominan los autores de Arquitectura legal «vistas rectas» (figura 8.ª) aquellas en que el rompimiento que las constituye

Fig. 8.ª

(Art. 582, párrafo 1.º)



Vistas rectas.

Fig. 9.ª

(Art. 582, párrafo 2.º)

Vistas oblicuas.

está hecho en una pared paralela á la línea divisoria que divide los predios, y «vistas oblicuas» (figura 9.ª) aquellas en que el

muro en que están practicadas forma ángulo con dicha línea; en las primeras no es necesario volver la cabeza para mirar al fundo inmediato, y en las segundas sí. Las vistas rectas pueden ser de *simple vista* ó *de registro,* extendiéndose aquéllas sólo hasta la distancia legal y gozando las de registro de más extensión, tanta como se puede alcanzar á ver. De la primera distinción deducimos, pues, los motivos de las diversas distancias que consignan el primero y segundo párrafo del art. 582. Nada importa que el predio contra el cual den las vistas esté cerrado ó no, ni cercado; hacemos aplicables, á este propósito, las mismas consideraciones que expusimos en el comentario del art. 581, ni tampoco el que dicho predio tenga su tejado por debajo de las expresadas vistas. No holgaría que nuestro Código, para mayor claridad, así terminantemente lo consignara, cuando, por otra parte, contaba además con el precedente que le ofrecían los Códigos italiano, francés y chileno (artículos 587, § 1.°, 678 y 878, § 1.°, respectivamente).

La manera de contar las distancias que refiere el art. 582, y según la norma que indica el 583, puede conducir á casos dudosos de importancia. Parece que el primero supone siempre que la línea de la pared en que se hallen las ventanas, balcones ó voladizos, sea paralela á la que determine el límite inmediato de la propiedad contigua, y entonces, claro es, resulta indiferente por completo que la medición de dichas distancias se haga por un lado ú otro de las expresadas dos líneas, porque en todos casos dará igual resultado, ya que es regla geométrica la de que lados paralelos son los que, prolongados hasta el infinito, anterior y posteriormente, nunca se encuentran. Pero aun cuando denominamos vistas rectas las que están en pared paralela á la línea divisoria de los predios, es posible que ocurran casos, y frecuentemente, en que tal paralelismo no sea geométricamente exacto, y no por ello dejaríamos de aplicar la regla de distancias correspondiente á las vistas rectas, si por virtud de aquéllas teníamos de frente el predio inmediato, y para *mirarle* no precisábamos volver la vista, idea que, como más esencial, asignábamos al concepto de «vistas rectas». De aquí que resulte más comprensiva, en lo que abarca, y más razonable la prescripción análoga del Código de Chile (art. 878, párrafos 2.° y 3.°), por virtud de la cual la distancia se medirá entre el plano vertical de

la línea más sobresaliente de la ventana, balcón, etc., y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos, pues no siéndolo, se aplicará la misma medida á la menor distancia entre ellos. Es difícil, por tanto, poder apreciar, según nuestro art. 583, desde qué punto de la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, han de empezar á contarse las antedichas distancias, lo propio que las vistas oblicuas, desde qué parte de la línea de separación de las dos propiedades.

Tratándose de paredes en que haya balcones, miradores ú otros voladizos salientes, ya expresa el referido art. 583 que las distancias se tomarán desde la línea de dichos voladizos, y esto último ya es un poco más explicable y claro. Sin embargo, averiguando cuál sea el significado y tendencia de aquella disposición legal, vendremos en conocimiento del valor de sus palabras. El punto de partida para graduar las relaciones jurídicas entre los dueños de los predios adyacentes, beneficiado el uno con el derecho de vistas, no ilimitado, y garantido el derecho del otro con medidas que protegen la inviolabilidad de sus pertenencias, es el hecho mismo de la apertura de los huecos, con construcciones salientes ó sin ellas, que miran sobre la finca inmediata; de modo que el punto en que aquéllos se abrieron es el que importa á nuestro objeto, y no ningún otro de la pared á que corresponda el mencionado hueco, por ser los demás extraños é innecesarios á las vistas que se pretende establecer. Pues entonces dicho punto es el que ha de servir también de partida para fijar las distancias de que nos ocupamos, tanto en las vistas rectas como en las oblicuas. Esta es la interpretación que, en nuestro humilde sentir, merece el contexto del art. 583 y no la que supone el del Código chileno que citamos, pues aun siendo la de éste racional, más se acerca la primera al espíritu del precepto que estamos comentando.

Para graduar las distancias en las vistas oblicuas ó de costado, hay que suponer la formación de un ángulo determinado por la línea de separación de las dos propiedades y la de la pared en que se abran la ventana, balcón, etc.; ángulo recto, con mayor ó menor aproximación, ya que han de ser perpendiculares los referidos lados ó líneas. Claro es que si el muro en que se hallen los huecos de vistas de costado sobresale por este lado de la propie-

dad contigua, para poder comprender la existencia del expresado ángulo y consiguientemente practicar, con exactitud, la medida de los sesenta centímetros, hay que entender prolongada la línea de separación de los predios hasta el punto en que se encuentre con la que forme el muro ó construcción saliente de éste, también prolongada.

Puede ocurrir el caso, previsto ya por algún comentarista, de que el terreno que separe los predios, ó lo que es lo mismo, el espacio que medie entre la pared en la que traten de abrirse las ventanas y la finca sobre la cual hayan de recaer las vistas, pertenezca *pro indiviso* á ambos propietarios. ¿Cómo se determinarán las distancias? Hay quien opina que la norma de procedimiento más equitativa será la de que, estando predeterminadas las cuotas de los partícipes en la comunidad, se tengan así presentes para el cómputo de las distancias, de suerte que si el terreno indiviso pertenece al dueño *A* en dos terceras partes y al propietario *B* en la tercera parte restante, la distancia legal para fijar el derecho de vistas será la de un metro treinta y dos centímetros (con una pequeña fracción), tratándose de vistas rectas, y cuarenta centímetros con respecto á las oblicuas ó de costado, descontando, al efecto, de las cantidades fijadas en el art. 582 la tercera parte de las mismas á favor del que tuviere igual cuota en la propiedad del citado espacio de terreno, que, como suyo, no puede tenerlo en cuenta para disfrutar derecho á vista sobre propiedad ajena.

Esta teoría de la proporcionalidad de las cuotas que constituyen la propiedad total *pro indiviso,* aparentemente tan racional y tan lógica, hállase, sin embargo, contradicha por la prescripción categórica y no excepcionada del art. 582.

Es indiferente que el terreno intermedio entre los predios pertenezca de mancomún á ambos propietarios. Esta circunstancia sólo reportará la ventaja de facilitar un pacto meramente privado entre los condóminos sobre el establecimiento de vistas á menor distancia de la fijada por el art. 582. Los propietarios de dicho espacio de terreno tendrán todas las facultades anexas al condominio, pero no aquellas que le son extrañas, como ciertamente lo sería el derecho de abrir ventanas á menor distancia de la propiedad del vecino, que la prescrita por la ley. Un caso práctico lo demostrará cumplidamente. Si entre el fundo *A* y el fundo *B* suponemos que media un espacio de un metro noventa centime-

tros propiedad del dueño del primer fundo, ¿puede éste abrir ventanas, balcones y voladizos, tan sólo porque el terreno contiguo á su propiedad le pertenezca? ¿Quedará subordinado el artículo 582 á esta circunstancia de mero accidente? Claro es que no. Pues, en nuestro sentir, la misma regla procede aplicar cuando haya un solo dueño, que cuando existan varios condóminos.

No se trata de prohibición de edificar, ni de la de recibir luces, toda vez que ambos propietarios, ajustándose al art. 581, podrán abrir en las paredes que respectivamente les correspondan y den á dicho espacio intermedio ventanas y huecos, aunque á la altura de las carreras, con rejas fijas de hierro y mallas ó enrejado de alambre; trátase de vistas, y por esto se justifica que buscando el legislador la coexistencia armónica de ambos derechos, procure, por la prohibición de abrir voladizos y balcones á menor distancia de dos metros, impedir que la finca del vecino sea inspeccionada, rindiéndose, no obstante su acertado criterio, á la fuerza mayor de la utilidad general y á la idea de que las calles y caminos han sido hechos para proporcionar aire, luz y vistas á los edificios, cuando sea una vía pública la que los separe.

Inútil parecerá advertir que todo lo dicho regirá siempre que los interesados no hubieran de antemano establecido otra cosa distinta, tanto por lo que se refiere á la entidad de las distancias de separación de predios, como á la manera de computarlas.

Entiende algún autor de Arquitectura legal que, existiendo un muro intermedio que impidiese registrar la propiedad ajena, aunque ésta se hallare á menor distancia del fundo que quiera tener vistas de la que marca nuestro art. 582, podrá permitirse en el último de dichos predios la apertura de ventanas, balcones ú otros voladizos semejantes; pero si se derribara el muro, hay obligación de quitar las expresadas vistas, aun cuando pasase el tiempo necesario para la prescripción, pues ésta no pudo tener lugar por no haber estado aparentes las vistas para el dueño del predio sirviente, y no obligarle á éste actos que no estuvo en su voluntad consentir ni negar, cuando contra él, ni directa ni indirectamente, iban dirigidos.

La solución es discutible. Si la prohibición de edificar obedece á la razón de no inspeccionar el fundo ajeno, no hay temor á tal inspección cuando el dueño del edificio construye el muro (que

es al caso que puede referirse), y, por tanto, parece que no debe subsistir la restricción, puesto que cesando la causa desaparece el efecto. No obstante esta consideración, nuestro criterio se inclina del lado contrario. En primer término, el art. 582 no distingue, y donde la ley no distingue, no debe distinguirse; el precepto parece ser absoluto, y desde luego conviene no olvidar que es prohibitivo; *no se puede* abrir ventanas con vistas rectas—dice el artículo—si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construya y la propiedad ajena. Lo principal es la distancia, haya ó no muro intermedio. Además, aun habiendo éste, pudiera suceder que luego desapareciese, y entonces se presentaba el problema; esto aparte de que tal interpretación podía ser favorable al constructor de mala fe que levantase un muro para derribarlo posteriormente. Inútil es decir que siendo edificación contra ley, no habria lugar á la prescripción.

Existiendo un precepto prohibitivo de determinada edificación, si se edificase contra él, el perjudicado, ó sea el dueño del fundo contiguo, tendría derecho para promover interdicto de obra nueva á fin de suspender la construcción y demoler lo edificado, precepto no específico, sino genérico ó común á todos los casos en que gozando una persona del derecho de impedir determinada construcción, se intentase edificar contra la prohibición.

Opinamos que en el espíritu del art. 582 no están comprendidas las llamadas claraboyas, lucernas, lumbreras ó tragaluces, destinadas á dar luz á un fundo por la parte superior del mismo, porque no la reciben del fundo, en cuanto no ceden sobre éste, sino que la reciben perpendicularmente, ó sea de la del cielo.

Aunque nada dice el art. 582 de si el propietario del predio contiguo al en que esté el edificio de los huecos puede construir, es indiscutible la opinión afirmativa. No hay que olvidar que en el caso de que se trata el dueño del edificio es el que tiene que dejar libre el espacio de terreno determinado en el art. 582; el del fundo contiguo podrá, pues, levantar un muro ó una pared en el límite de su finca. Esto confirma nuestro criterio de que no una servidumbre de vistas propiamente tal la del mencionado tículo, sino de distancia para huecos, análoga á las de la sección séptima.

Pocos esfuerzos precisa la inteligencia y alcance del art. 584 r lo claro de sus términos. La vía pública es de todos y de

ninguno en particular. Nadie creerá establecido en ella el domicilio privado de cada ciudadano, que es lo que trata de garantir la ley frente al derecho restringido de vistas; lo que se hace en la vía pública bien puede ser observado é inspeccionado por el que guste y desde el punto que le acomode. La citada frase, para los efectos y comprensión del referido precepto, debe conservar toda la elasticidad posible en su significado, partiendo siempre de la intención, bien conocida del legislador, al exceptuar la vía pública de los terrenos ó predios sobre los que hay derecho á vistas ilimitadas. Y en este sentido denominaremos «vía pública» tanto á los caminos, calles, travesías, callejones, como á los canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado, la Provincia ó el Municipio; las riberas, playas, fuentes y aguas públicas, paseos, obras públicas de servicio general, y, en una palabra, todos aquellos bienes (entendido este vocablo jurídicamente) que (no importe de quién sea la propiedad) son disfrutados en común por los vecinos de un pueblo, sin exclusión de ninguno y que vulgarmente llamamos «servicios del público». En efecto: los bienes que como ejemplo enumeramos, están considerados por los artículos 339 y 344 de nuestro Código civil de dominio y uso públicos.

Puede ocurrir la duda de que la vía pública fronteriza al predio que trate de utilizar las vistas comprenda espacio inferior al de dos metros, cuando aquéllas hayan de ser rectas; y de 60 centímetros si oblicuas. ¿Deberá entonces aplicarse el art. 584 como disposición que no admite distingos, ó restringirse solamente para en el caso de que el camino, calle, vereda, etc., tengan más anchura que la determinada por las referidas distancias? Creemos que sí porque la restricción rige sólo respecto del terreno privado; existiendo sitio público pueden abrirse huecos, con arreglo á lo que disponga la legislación especial por que se rija dicho sitio público en cuanto al particular indicado (Reglamentos, Ordenanzas).

Advertimos que el art. 582 se refiere, en general, á toda clase de fincas ó propiedades; mientras que el 584, excepción del primero, menciona solamente los *edificios*. Continuará, por tanto, vigente el precepto general cuando las vistas se dirijan sobre un predio abierto, corral, jardín, patio, etc., aunque la finca que adquiera aquéllas esté separada de los últimos por vía pública, á no ser que el ancho de ésta dé una medición superior á la de dos

metros ó 60 centímetros, con relación respectivamente á las vistas rectas ú oblicuas.

Nuestro art. 584 tiene su precedente en el proyecto español de 1882 (art. 586) y en los 587 (último apartado) y 2.326 de los Códigos italiano y portugués respectivamente, expresando el último, en confirmación del criterio que sostuvimos al comentar la frase «vía pública», que lo dispuesto en el artículo anterior (comprensivo de medidas de garantía análogas á las de nuestros artículos 581 y 582), no es aplicable á los predios separados por cualquier camino, calle, travesía, callejón ó vía pública.

El Derecho foral en Aragón, según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 1882, con arreglo á la Observancia 6.ª de *agua pluviali arcenda*, es que el condueño de una pared medianera puede abrir en ella las ventanas que tenga por conveniente, pero también concede al otro condómino la potestad de obstruirlas edificando, siempre que la casa reciba luces por otra parte, infringiendo la Sala que priva al condueño de este derecho dicha Observancia. Si pudieran darse al edificio luces ó vistas por otro punto, unas y otras se establecerán por designación judicial.

En Cataluña, según las *Ordinaciones de Sanctacilia 11 y 66*, y el Privilegio *Recognoverunt proceres*, en sus capítulos *L y LIII*, no pueden tenerse vistas sobre predios de otro si antes no miran sobre el suyo, cuyo principio se mantiene respecto á las vistas desde terrados.

ART. 585. Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho á tener vistas directas, balcones ó miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar á menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el art. 583.

Concordancias.—Igual al art. 590 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXII, ley 25.* Otrosi dezimos, que casa o torre queriendo alguno fazer de nueuo en lo suyo, puedelo fazer, dexando tanto espacio de tierra fazia

la carrera, quanto acostumbraron los otros sus vezinos de aquel logar; e puedela alçar quanto se quisiere, guardandose todavia, que non descubra mucho las casas de sus vezinos.

COMENTARIO.—No debe caber duda de que el precepto del artículo 545 alude á la servidumbre de vistas propiamente dicha, ó sea al derecho de gozar de vistas sobre el fundo ajeno, é impedir que el dueño de éste edifique en él á menor distancia de la legal, en oposición al art. 582, en el que, como hemos expuesto, se trata de una servidumbre de distancia. En este caso el propietario del edificio de los huecos es el que sufre la restricción de no poder construir sino á una distancia determinada del contiguo, y no puede considerarse dueño dominante, digámoslo así, al que sufre la limitación en su dominio; en el del 585 el propietario del edificio con las vistas puede impedir al del terreno sobre que caigan éstas la edificación contra ley, y como el que sufre la vista (no el que goce de ellas) es el que experimenta también la prohibición de edificar, aquí sí es lícito hablar de servidumbre de vistas.

Entendemos, por tanto, que el artículo se refiere precisamente á los casos no comprendidos en el 582, á aquellos en que se ha adquirido derecho á tener vistas sobre el fundo ajeno sin sufrir limitación alguna en el propio.

Con pocos precedentes cuenta nuestro art. 585. Literalmente fué tomado del 590 del proyecto de Código civil español de 1882, el que, á su vez, se inspiró en doctrina substancialmente idéntica á la que contiene el artículo de igual número del Código italiano, única legislación extranjera, al menos por nosotros conocida, que regula expresamente el caso previsto por el expresado artículo 585.

Éste refiérese, tanto á las vistas rectas como á las oblicuas, porque contrapone aquéllas á las que se obtienen por balcones ó miradores, los cuales del mismo modo pueden tener de frente que de costado una finca ajena, y por sobresalir más de la pared en que aparezcan practicados, facilitan la dirección de la vista del observador, de frente, á derecha ó á izquierda.

El Sr. Sánchez Román, en su obra *Estudios de Derecho civil*, segunda edición (tomo III), encuentra oposición entre el art. 585 y el 547, según el cual, la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera,

porque puede ocurrir el caso de si, tratándose de una servidumbre de vistas directas adquirida por prescripción y disfrutada durante el tiempo necesario para ella y á mayor distancia de los tres metros que señala el art. 585, se tendrá derecho á impedir que las edificaciones nuevas que levante el dueño del predio sirviente se hagan precisamente á la distancia dentro de la que se había venido disfrutando y se ha ganado por prescripción, y no tan sólo á la de tres metros, que, como límite, designa el citado artículo 585. Éste comienza fundando la constitución de la servidumbre, que regula, en un título, que muy bien puede ser el de prescripción, aunque ambas palabras aparezcan contrapuestas en la disposición general del art. 537, al referirse á los modos de adquirir las servidumbres; pero, por otra parte, el 585 habla de «cualquier título», frase genérica para el caso sobre que discurrimos. Nosotros resolvemos la aparente antinomia que el mencionado distinguido publicista encuentra, juzgando que la distancia fijada en el referido precepto es mínima; ya lo significa aquél al decir que «el dueño del predio sirviente no podrá edificar *á menos* de tres metros», medida que ha de aplicarse cuando ninguna otra norma previa sobre el particular se hubiese establecido, según ya tenemos anticipado; por tanto, si el dueño del predio dominante adquirió ya la servidumbre de vistas, y puede, en virtud de ella, obligar á su convecino á que no se las inutilice, edificando adyacentemente á la pared en que estén abiertas, y el propietario sirviente consintió tal restricción, por el tiempo legal de prescripción que el Derecho determina, y en la forma en que vino haciéndolo durante tal plazo, tales hechos engendraron correlativamente en la primera de dichas personas un derecho que también le reconocen las leyes, cual es el que consigna el mencionado artículo 547. El 585, por consecuencia, ha de aplicarse á las construcciones que lleve á cabo en adelante el dueño del predio sirviente, si antes el dominante no adquirió la facultad que le reconoce dicho art. 547.

Muy pocas más aclaraciones precisa el precepto que venimos comentando, después de las referencias generales, aplicables á él en mucha parte, que hicimos en la introducción ó prólogo de la sección quinta, á que el art. 585 pertenece. Según sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1879 y 21 de Noviembre de 1881, reconocida á favor de una casa, por sentencia firme, la

servidumbre de luces y vistas sobre otra casa distinta, pero sin hacer ninguna declaración que regularizase esa servidumbre en sus derechos y ejercicio, y no resultando contrato ni acto sobre ella entre los interesados, no pueden atribuírsele otros efectos que los propios de su naturaleza, conforme á las reglas de construcción de edificios urbanos, aceptadas por la costumbre, Ordenanzas y usos locales; y apreciado por la Sala, en virtud de las pruebas, que aquéllos consisten en obligar al propietario del predio sirviente á dejar un patio intermedio de dos metros veintitrés centímetros, y apareciendo probado y no contradicho que el dueño de dicho predio ha dejado un espacio mucho mayor, la sentencia que le absuelve de la demanda en que se ejercita por el propietario del predio dominante la acción confesoria de servidumbre, no infringe las leyes 13 y 19, tít. XXII, Partida 3.ª Y cuando se adquiere el predio sirviente «con la obligación de no impedir la vista del balcón y ventanas de los pisos primero y segundo de la casa del vendedor, á cuyo fin no podría plantar árbol ninguno en el terreno objeto de la venta», claro es que el adquirente de dicho predio tampoco puede edificar dando á la obra una altura que impida la vista desde dichos pisos, sin que tenga aplicación el principio de interpretación favorable al derecho de propiedad, que sólo prevalece en los casos dudosos.

SECCIÓN SEXTA

Del desagüe de los edificios.

Propónese la sección, por regla general, con sus preceptos, no modelar la servidumbre á que alude, y que el Derecho romano conoció con la denominación de *stillicidii vel fluminis non recipiendi,* y su correspondiente afirmativa, sino sentar el principio general comprensivo de un derecho que, aun siendo parte del total dominical, ha de restringirse necesariamente al encontrarse con otro, igualmente atendible, que también corresponde á distinto propietario en garantía de la integridad de su predio. Si esas necesarias mutuas rela-

ciones se modifican en beneficio de uno de dichos dueños, tolerándolo ó sufriéndolo el otro, entonces nace la expresada servidumbre, á la cual, además de las prescripciones generales que en otra parte quedan ya expuestas, han de aplicarse las de los artículos 587 y siguientes, como de más especial pertinencia.

Aceptando tal restricción como servidumbre, é inspirándose en el criterio romano, cabe sostener que será afirmativa cuando el dueño del predio dominante, por virtud de la misma, goza de la facultad de que las aguas de sus tejados, gota á gota, ó por torrentes (ideas contenidas en las latinas *stillicidii* y *fluminis*), caigan sobre la finca del vecino, hecho que el mismo no dificultará ni entorpecerá; y negativa, *stillicidii vel fluminis non avertendi,* en el caso de que el segundo propietario pueda legalmente oponer al otro la facultad de que, en ningún modo, deje discurrir dichas aguas con dirección á la finca referida. Esta última, de admitirla como servidumbre, es la verdaderamente legal de desagüe de edificios, á que el Código parece referirse en el artículo 586, pues la contraria no la impone aquél como forzosa, sino que la hace depender de la voluntad de los interesados.

Con arreglo á nuestro peculiar criterio acerca del concepto de la servidumbre, entendemos que el precepto del art. 586 no encaja con exactitud dentro de él. La servidumbre consiste en un uso (positivo), ó en el derecho de prohibir un uso de la cosa ajena (negativo); es algo que se prolonga (en la real) de un fundo (el dominante) sobre otro (sirviente), porque en éste tiene algún derecho el dueño de aquél. Ahora bien: cuando no hay esta prolongación, esta intrusión del derecho,

sino que cada dueño usa libremente de su fundo, no hay servidumbre propiamente tal. Existe ésta con relación á la especie que se examina, en el caso de que un tejado vierta sobre otro, porque el dueño del primero usa de un fundo que no es el suyo; pero cuando solo se prohibe este uso de la cosa ajena, pero se permite usar libremente de la suya, no hay para qué hablar de servidumbre. Hay ésta, con carácter negativo, en el supuesto de prohibirle á una persona que use de un modo específico de su fundo en favor del dueño de otro; por ejemplo: no abrir huecos, no edificar ó no plantar á determinada distancia. Aquí cabe hablar de servidumbre porque el dueño de un predio se ve impedido de usar de lo que es *suyo;* pero ¿cómo reputar servidumbre á la prohibición de un uso de lo *ajeno?* Por virtud de la disposición del art. 586, se afirma el derecho de cada propietario á usar sólo de su terreno para el objeto de que las aguas pluviales viertan sobre su suelo ó sobre el sitio público destinado á ello; se reconoce el derecho de cada propietario de usar de lo suyo con entera libertad. ¿Dónde está la limitación característica del gravamen? Aunque se considerase como tal, es una restricción recíproca, y la servidumbre rechaza la reciprocidad. El que sufre la servidumbre no tiene igual derecho al en que ésta consiste respecto del que la goza. No es, pues, para nosotros servidumbre, sino una regulación del derecho de propiedad, que, como dice Laurent, no puede ser absoluto, sino atemperado por las exigencias del derecho de los demás.

También puede significar la servidumbre de desagüe el establecimiento de canal, atarjea ó conducto cualquiera, por los cuales hayan de ser conducidas las

aguas que desciendan de los tejados de las casas ó edificios; y á esto parece aludir el art. 588 de esta sección, cuando supone la existencia de un corral ó patio de una casa enclavada entre otras, y para dar salida á las aguas pluviales del primero, ha de buscarse el punto de los predios contiguos que para ello sea más accesible, con cuyo objeto es preciso establecer forzosamente tal servidumbre de desagüe, previa la indemnización que corresponda.

Todo esto que vamos exponiendo y lo que ha de ser materia de los artículos que hemos de examinar posteriormente, entendemos que ha de completarse con lo que dispongan las leyes, Reglamentos y Ordenanzas generales ó locales sobre Policía urbana ó rural, que es á lo que se refiere el art. 551, al tratar de las prescripciones que regirán en las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares ó por causa de utilidad privada, á cuya clase pertenece la de desagüe de los edificios.

No podrán, pues, extenderse dichas Ordenanzas á derogar la idea cardinal que forma el objeto del artículo primero de esta sección sexta, porque (aun adelantando conceptos propios del comentario de dicho artículo), repetimos que lo que éste regula no es una servidumbre, sino una facultad con restricciones; y en este sentido, juzgamos más exacto el art. 879 del Código chileno, el cual afirma que no hay servidumbre legal de aguas lluvias, y añade que los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio á que pertenecen, ó sobre la calle ó camino público ó vecinal y no sobre otro predio, á menos que esto sea mediando la voluntad del dueño. Facultad es la referida que, como

muy importante y propia exclusivamente de la esfera del Derecho civil, á éste sólo toca consignar y reglamentar, y por lo mismo sólo pueden derogarla las personas en cuyo interés fué establecida, y no cualquier bando ni Ordenanza, aun siendo general para una localidad, porque con tal facultad no se cercena ni contraría conveniencia pública alguna, ni se quebranta regla cualquiera de policía que, dentro de su debido círculo de acción, tienda á garantizar los derechos de los convecinos, en lo que á todos por igual referencia. Nada importa ni perjudica á aquéllos, en su totalidad, como se comprende, la prohibición de que las aguas de un predio caigan en otro; sólo, sí, cuando aquéllas hayan de dirigirse á calle ó sitio público, ó cuando, por la difícil salida de las mismas del predio ó predios de que procedan, pudiera con ello causarse perjuicio á los demás vecinos. Lo que únicamente pueden prescribir las Ordenanzas ó bandos de Policía urbana y rural es todo aquel conjunto de medidas de detalle, confirmatorias siempre de los principios generales que, dentro de su exclusiva competencia, exponen los Códigos civiles, dirigidas especialmente á la mayor utilidad del bien procomunal y para hacer más factibles tales principios según las costumbres y usos de cada localidad, reglamentando minuciosamente, en el caso que examinamos, la servidumbre de desagüe, una vez que ésta haya sido constituída por voluntad de los interesados, de la cual no se precisa cuando ocurra la aplicación procedente del art. 588, para cuyo momento da el valor debido á tales Ordenanzas el ya citado art. 551. Las mismas, por otra parte, tampoco podrán, en nuestra opinión, sentar doctrina opuesta á la del art. 586, por-

que se aplican, según dicho art. 551, sólo cuando tenga existencia el gravamen, y el art. 586 afirma sólo un derecho esencialmente civil, que, por sí solo, no constituye aun servidumbre alguna, de la propia manera que dijimos de los preceptos que establecían simplemente *derechos* de luces y vistas.

Si el propietario del predio inferior no desvirtuase en forma alguna la realización del hecho del desagüe en perjuicio de su finca en el caso de que no se hubiera establecido por medio de título la correspondiente servidumbre, ésta la adquirirá, *ipso jure*, el señor del edificio del que procedieran las aguas en su caída, al cumplirse los veinte años, á contar desde el día en que empezó á aprovecharse del gravamen, de que las aguas se dirigieran á la propiedad inmediata.

Es aquella servidumbre afirmativa ó positiva; y, por consiguiente, corresponde aplicarle la disposición general de los artículos 537 y 538 del Código. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, pues en su sentencia de 13 de Julio de 1885 declaró que, si bien se halla establecido por la jurisprudencia, de acuerdo con la ley, que el tiempo necesario para adquirir por prescripción una servidumbre negativa ha de contarse desde que tenga lugar un acto obstativo por parte del dueño del predio dominante, esta doctrina carece de aplicación, y no ha podido ser infringida cuando trata de la servidumbre para verter las aguas sobre un solar, en atención á que ésta, como todas las que consisten en permitir que uno haga algo en el fundo del otro, pertenece á la clase de las afirmativas; sosteniéndose además que no pueden decirse infringidos, en el fallo apelado, los artículos 2.° (número 2.°) y 13 de la ley Hipotecaria,

puesto que, según jurisprudencia, aquéllos se refieren á las servidumbres justificadas en su derecho y existencia por medio de escritura pública, y de ningún modo á las que no necesitan título y se constituyen y prueban sólo por la posesión, ni tampoco los 27 y 35 de la citada ley, no solamente porque tratándose, como se trata, de una servidumbre ostensible y manifiesta, no podrían los interesados incurrir en error acerca de la realidad de un gravamen que está á la vista y patentiza la construcción ó forma del tejado del predio dominante, sino porque, estableciendo la Sala sentenciadora que éste viene desde época remota vertiendo sus aguas sobre la casa contigua, convertida hoy en solar, es indudable que la prescripción de la servidumbre había tenido efecto antes de la publicación de la ley Hipotecaria vigente, y que el derecho real se había adquirido con arreglo á la legislación común; por consecuencia, no es exigible el requisito de la inscripción, aun en el supuesto de que los recurrentes tuvieren el carácter de terceros.

ART. 586. El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas de modo que no causen perjuicio sobre el predio contiguo.

Concordancias.—Igual al art. 534 del proyecto de Código de 1851 y al 591 del de 1882, menos en el último párrafo del anotado, que no tiene aquél.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Viejo, libro IV, tit. V, ley 1.ª*—Esto es fuero de Castiella. Que si algund o algunos omes an solares yermos cerca algunas casas fechas, si quier sean suas, siquier de otros, ningund de aquestos que an solares yermos non deven facer cavas, nin foyas ningunas, porque el agua que llovier en el un solar imbie al otro solar á sabiendas, mas cada uno deve guardar suo solar en tal guisa, que el agua que llovier que cada uno la resciva en si, e non la imbie a sabiendas al otro solar, nin a otra casa agena; e si algund lo ficier contra esto, puedegelo demandar aquel, a quien lo ficier, por fuero, e devel pechar los daños, e los menoscabos, que por tal raçon rescivier.

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 2.ª—Urbana servidumbre, diximos en la ley antes desta que ha nome en latin, aquella que ha vn edificio en otro, assi como quando la vna casa a recibir el agua de los tejados de la otra, que vengan por canal o por caño o de otra guisa.

Part. 3.ª, tit. XXXII, ley 13.—Fuertes lauores fazen a las vezes los omes, labrando en lo suyo, e como quier que sean atales, que non se teman los vezinos que se derriben. Pero puede venir de otra manera daño, o estoruo dellas. Esto seria, como si alguno fiziesse torre, o otro edificio, e acogiesse y el agua de las lluuias por canales sacandolas tanto afuera, que cayesse el agua sobre las paredes de los tejados de sus vezinos. E por ende mandamos, que quando ante el Judgador viniesse tal querella, o otra semejante, que el que lo faga endereçar, e emendar, de guisa que non resciban daño aquellos que la querella fizieren. Otrosi dezimos, que si alguno alçasse pared, o fiziesse estacada, o valladar, o otra lauor, en su heredad, de guisa que el agua non pudiesse correr por el lugar por do solia porque se ouiesse y de fazer estanque, de que viniesse daño á las heredades que son de sus vezinos. O si por auentura alçasse alguna lauor en el logar por do solia el agua venir e por aquel alçamiento se mudasse el curso della, e cayesse de tan alto, que fiziesse foyas, o caños en heredad de su vezino, o la embargasse, o detuuiesse el agua, de guisa que los otros que lo solian auer, non pudiessen regar sus heredades della assi como solian. Ca cualquier destas lauores sobredichas, o otras semejantes dellas, que alguno fiziesse nuenamente de que viniesse daño a las heredades de sus

vezinos, deue ser derribada a su costa, e a su mission, e tornar al primero estado: e demas deue pechar el que fizo la lauor, todo el daño e el menoscabo que viniesse a sus vezinos por raçon della. Ca segund que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiere. Pero deuelo facer de manera que non faga daño, nin tuerto á otro.

COMENTARIO.—El precepto anotado, además de lo que indica su texto, anticipa y evita el caso de responsabilidad civil á que habría lugar si una persona, por acción ú omisión, é interviniendo culpa ó negligencia, ejecutase un daño en la propiedad de otro, como significaría, indudablemente, el dirigir las aguas pluviales de un predio sobre la superficie del inferior, daños que en ocasiones podrían ser de verdadera entidad, y de todas maneras de invasión en el dominio ajeno, que el Derecho está encargado de vigilar y garantir contra toda posible perturbación; y, sobre todo, cuando la armonía de facultades á que aquél tiende, para hacer factible la coexistencia social, puede establecerse sin lesionar ni desconocer en lo más mínimo el derecho que recíprocamente asiste, según el supuesto del art. 586, á cada dueño colindante.

Por virtud de tal disposición, de igual manera se prohíbe el que las tejas de los tejados de nuestras casas goteen simplemente sobre la finca particular contigua, como el que los canalones ó cualquier otro sistema de bajadas de agua arrojen á chorro sobre dicha finca las aguas pluviales que partan de la adyacente; es decir, repetimos, que nuestro art. 586 alude tanto al *stillicidii* como al *fluminis* de los romanos. Pero aquel precepto, en contra de lo que disponía el Derecho de los últimos, menciona, al parecer, con intención, las «aguas pluviales» exclusivamente, y así lo hacen también los dos artículos siguientes, 587 y 588. Tanto el Digesto *(ley 2.ª, tit. II, libro VIII)*, como las Instituciones del Emperador Justiniano (en el § *1.º, tit. III, libro II)*, comprendían en la servidumbre de desagüe la caída de aguas pluviales, y además, la de las destinadas á otra clase de usos, aun las de vertedero, y también la salida de los humos de un edificio con dirección al otro, esto es, las servidumbres denominadas *cloacæ et fumi avertendi vel non avertendi*.

Vista la determinación de los referidos artículos, que son hoy el Derecho vigente en España, no puede darse, á pesar de los pre-

cedentes, tal amplitud de significación á la servidumbre de desagüe, si no que ha de circunscribirse, por tanto, á las aguas pluviales que descienden de un predio sobre el otro. Sin embargo, como toda esta materia de servidumbres legales de interés privado ó introducidas en beneficio de los particulares, está regulada en nuestro Código por medio de declaración de derechos, y aquél omite, en esta parte, tratar de las servidumbres de cloaca ó de humos, puede encontrarse suplida su omisión, tanto por la disposición directa del art. 590, según el cual nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera *pozos, cloacas,* etc., sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos reglamentos prescriban, como por las indirectas prescripciones de los números 2.° y 4.° del art. 1.908, que establece la responsabilidad civil de los propietarios por los daños causados por los humos que sean nocivos á las personas ó á las propiedades, y por las emanaciones de cloacas ó depósitos de materias infectantes, construídas sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen; y además por los preceptos pertinentes de las Ordenanzas de Policía en cada localidad, á falta de disposición expresa del Código civil. Al efecto, en las Ordenanzas de Madrid, en su art. 198, se preceptúa que las aguas sucias deben tener una salida constante á sus depósitos, alcantarillas ó sumideros, para cuya construcción se observará lo que disponen los artículos 179, 180 y 181, especificándose en este último que los pozos de registro que existan en el interior de las fincas habrán de estar situados precisamente en patios, y los sumideros de éstos, como todos los excusados de las fincas, estarán provistos de un aparato inodoro que evite la salida de gases. Respecto á la salida de humos, determina el art. 763, por ejemplo, que las subidas de los mismos, que se procurará sean verticales, se elevarán por lo menos un metro sobre la vertiente del tejado; cuando salgan arrimadas á muros de contigüidad, dominará su altura la casa inmediata, no siendo permitido dar salida á los humos por fuera de dichos muros contiguos, á calles ni aun patios, cuando causen incomodidad al vecino. Por el estilo de estas medidas de precaución, contienen otras múltiples dichas Ordenanzas y las que hemos examinado como más principales, entre las conocidas y publicadas, lo cual indica que

es materia más apropiada á tal lugar la referente á la salida de los respectivos predios de las aguas sucias y de los humos, del propio modo que los demás detalles que hacen relación á la servidumbre que al presente estudiamos.

Una de las leyes de Partida anotadas en los *Precedentes legales*, la 13, tít. XXXII de la Partida 3.ª, que prevé el caso de como ciertas «*labores nuevas se pueden embargar que se non fagan*», alude al procedimiento para hacer que se respete el derecho que se desprende de otra ley, 2.ª, tít. XXXI de la indicada Partida, también anotada, y que contiene disposición conforme con la que venimos comentando. Dice en la primera muy elegantemente el Rey Sabio: «*ca segund que dixeron los sabios antiguos, maguer el ome aya poder de facer en lo suyo lo que quisiese, pero deuelo facer de manera que non faga daño, nin tuerto á otro*»: máxima que también fué la que motivó nuestro art. 586 y que, con otras palabras menos expresivas, sirvió así mismo para desenvolver las consideraciones del porvenir de esta sección sexta. Pues bien: acomodándonos á nuestro organismo procesal vigente, del propio modo el dueño injustamente perjudicado tiene en el Derecho de procedimientos indicada y regulada su acción para reclamar contra lo que atente á sus facultades dominicales, y la cual puede poner en práctica ya formulando demanda de interdicto, ó bien ejercitando la acción ordinaria en el juicio declarativo que sea pertinente, según la ley de Enjuiciamiento. Deberá usar del interdicto de obra nueva, conforme así también explicamos al tratar de la servidumbre de luces y vistas, siempre que el comienzo de construcción del tejado ó cubierta del edificio ó la dirección que lleven las tejas, denuncien ya evidentemente el propósito del dueño de que vayan á caer las aguas de lluvia sobre la propiedad particular adyacente; y al de retener ó de recobrar la posesión (siempre, además, que en aquel y en este caso, desde los respectivos hechos que dieren lugar á uno ú otro hasta la interposición de los mismos, no transcurrieran el año y día), cuando ya estuviere construída y terminada la cubierta del edificio, porque aun entonces se despoja y perturba la posesión del derecho que al propietario de la finca inferior lo reconoce la ley, de que las aguas pluviales del predio vecino no vayan, en ninguna forma, á caer en el suyo. Transcurrido ya el expresado plazo ó cuando voluntariamente así le plazca al referido dueño, es procedente formular la demanda ordinaria

ante el Tribunal correspondiente. En cuanto al pago de daños y menoscabos á que se refiere la citada ley de Partida, atengámonos, en nuestro Derecho, á la doctrina que, sobre indemnización de perjuicios, establece nuestro Código en el cap. II de su libro IV.

Si las aguas caen sobre la calle ó sitio público, entra de lleno la pertinencia de los motivos que han servido de base al precepto de excepción, objeto del art. 584, con referencia á los derechos de luces y vistas, puesto que lo mismo en un caso que en otro es idéntica la razón de dicho artículo y la del que examinamos en cuanto al mencionado extremo. Ya vendrán luego las Ordenanzas de Policía, allí donde no existan, las costumbres ó usos de cada localidad, especificando cómo las aguas que viertan á la calle ó sitio público han de caer y cómo se han de recoger para evitar daños á la propiedad inmediata ó perjuicios al transeúnte que por aquéllos discurra, y aun también por lo que respecta á las aguas que caigan en el suelo mismo del dueño de la finca de donde manan, porque después de vertidas en tal parte, aún pueden seguir su curso por puntos que á él no correspondan y en los que el interés particular y el procomunal puedan ser lesionados. De aquí la explicación de la segunda parte del art. 586, que no existía en el 591 del proyecto de Código de 1882, según ya dijimos, previsión que juzgamos muy conveniente para mejor garantir los intereses por los que trata de velar el primero de dichos preceptos. Para en el caso de que tales aguas causen perjuicio al predio contiguo, está aquél; si los causaran á los intereses vecinales, las Ordenanzas ó usos de cada pueblo deben prevenirlo ó tenerlo ya previsto para evitar toda clase de contingencias.

Damos aquí por reproducidas todas las consideraciones que expusimos al comentar el art. 584, sobre la inteligencia y alcance que procedía dar á la frase «vía pública», y, por tanto, á las de «calle ó sitio público».

El art. 879 del Código de Chile, ya citado, deduce perfectamente la servidumbre de desagüe de la manera de exponer el principio, que es sustancialmente conforme con el de nuestro artículo 586, al preceptuar que los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio á que pertenecen, ó sobre la calle ó camino público ó vecinal, y no sobre otro predio,

sino con voluntad de su dueño. Determinada en alguna forma de las permitidas, se considera constituída la servidumbre «*stillicidii vel fluminis avertendi*».

Aunque el precepto que comentamos usa de la locución «suelo del vecino», refiriéndose á aquel sobre que está prohibido dirigir las aguas de lluvia, ha de entenderse la palabra «suelo» en toda su acepción extensa, para así ponerla de acuerdo con la intención del legislador, que considera que igualmente se causaría menoscabo con la caída de dichas aguas sobre un solar sin edificación, como sobre una azotea, tejado de una casa, jardín ó huerta, patio, corral, pared, etc., es decir, todo lo que como bien inmueble (en el sentido restringido de la palabra) es de pertenencia ajena.

¿Tendrá aplicación el art. 586 cuando las aguas pluviales hubieran de caer sobre suelo perteneciente *pro indiviso* al dueño de la finca de que aquéllas viertan y á otra ú otras personas? La cuestión, si bien se observa, se refiere ó puede presentarse en el momento de la adquisición de una cuota en la comunidad del predio sirviente, y la hemos tratado, con relación á la extinción de la servidumbre de vertiente de tejados, siendo aplicable lo dicho allí. Por la adquisición de la cuota sólo se adquiere el derecho á gozar de la cosa común en unión de los demás, pero no el de servirse de ella peculiarmente para otra finca suya, y sucedería esto si pudiera verter las aguas de un edificio de su propiedad singular sobre un predio común. En el caso de gozar de la servidumbre de vertiente, la adquisición de una cuota de la comunidad del predio sirviente no determina la pérdida de la servidumbre por consolidación, dijimos en el comentario del art. 546; pues con mayor motivo, tal adquisición no ha de determinar la de la servidumbre. Aunque para casos distintos la razón es la misma, el ingreso en la comunidad de una cosa da derecho á disfrutar recíprocamente de ésta, pero no altera, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas existentes entre el dueño ó dueños anteriores de la cosa común y el dueño singular de otra que entre en la comunidad.

En Aragón, según la Observancia sexta de *aqua pluvi arcendi* (libro III), todos los propietarios tienen el deber de dar salida á las aguas de sus tejados de modo que no perjudiquen á sus vecinos, y á conducirlas por acueductos ú otros medios hasta los

pozos públicos, así como de limpiar éstos á su costa ó la parte que corresponda al frente de su casa.

En Cataluña, con arreglo á lo dispuesto en la *Ordinacion de Sanctacilia 42, y del capitulo 51 Recognoverunt proceres*, el derecho de verter las aguas pluviales recogidas por canal ó gota á gota sobre la propiedad vecina, se pierde si al edificar se quitan las canales ó tejas, y del mismo modo se pierde el derecho de hacer pasar el agua por medio de canal colocado sobre predio ajeno, si una vez se llega á levantar aquél.

ART. 587. El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado, ó dándoles otra salida conforme á las Ordenanzas ó costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante.

Concordancias.—Igual al art. 592 del proyecto de Código de 1882.

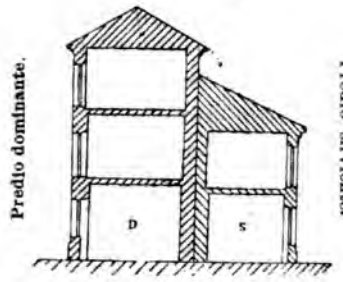
PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXII, ley 14.*—Tres maneras son en que podrian los omes recebir daño de las heredades de los otros, que lo aurian de sufrir, e non se quexar con derecho de aquellos cuyas fuessen. E destas la primera es natural, assi como cuando vn ome ha su heredad de yuso de la del otro. Ca maguer corre el agua de la heredad que esté mas alta en la que esté mas baxa, o desciendan piedras, o tierra por mouimiento de las aguas, o en otra manera, que non sea fecho maliciosamente por mano de omes e fagan y daño, non es culpado aquel cuya es la heredad que esta mas alta, nin es tenudo de lo pechar. La segunda es por obra que fue fecha antiguamente. Ca maguer reciba daño en alguna manera aquel que ha la heredad de yuso, de la otra en que es la obra antigua, si diez años son passados que es fecha aquella obra seyendo en el lugar aquel cuya es la heredad que recibe el daño, e non lo contradiziendo, o veynte seyendo fuera en otra parte deuelo sufrir, e non

se puede despues querellar del. La tercera es por raçon de servidumbre que han las vnas heredades en las otras. Ca maguer reciba daño en la heredad por raçon de la servidumbre a que es tenuda: non se puede por ende querellar de aquel cuya es la heredad, que rescibe el seruicio.

COMENTARIO.—Ya tenemos consignado en otra parte cómo ha de constituirse la servidumbre de vertiente de los tejados, verdadera servidumbre, porque consiste en uso del fundo ajeno (fig. 10), relacionando con esta materia las prescripciones generales de los artículos 587 y 588. El 587, que vamos á analizar, parte ya de la constitución en forma legal de la expresada servidumbre, sin que necesite, por tanto, repetir ideas que ya expresó el Código en su oportuno lugar como de aplicación común para todas las clases de gravámenes sobre los predios; y trata dicho precepto de regular, en términos de simple indicación, los derechos del propietario del predio sirviente hasta donde sean lícitamente compatibles con los que corresponden al de la finca dominante, para que al primero no le signifique el gravamen carga excesivamente onerosa. Claro es, y no huelga también indicarlo en esta parte, que la disposición del artículo 587 es procedente para sólo el caso en que resulte constituída la referida servidumbre, sin que estén previstos los derechos y obligaciones recíprocas de cada propietario ni las cláusulas varias por las que aquélla ha de regirse; si tales extremos los estipulan los dueños de uno y otro predio, sin perjudicar los intereses de un tercero ó las reglas de policía urbana ó rural, el citado precepto quedará inaplicable é inútil, porque además, según el artículo 594, todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y

FIG. 10.

(Artículo 587.)



Servidumbre de vertiente de tejados.

forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público; y ya dijimos que es voluntaria la servidumbre á que alude el art. 587.

Indica el útimo, en substancia, que, no perjudicándose en nada al predio dominante, el señor del sirviente puede dirigir las aguas pluviales del primero en la forma que tenga por conveniente y le sea más favorable á sus intereses, salvando debidamente las restricciones que á ello pongan las Ordenanzas ó costumbres locales; siendo conforme tal consideración legal con aquella máxima general que comprende el art. 545, ya comentado, y según el cual el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída; aunque el segundo párrafo de dicho artículo también prevé, en favor de aquel dueño, casos en que pueda de alguna manera beneficiársele, no resultando perjuicio al propietario del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre, objeto que igualmente persigue el precepto que explicamos, siempre que sean compatibles la especie de benevolencia que se guarda al dueño que sufre el gravamen de vertiente de tejados y las facultades que, por derecho, son patrimonio del señor de la finca que se utiliza de tal gravamen.

No encontramos precedente alguno, en las legislaciones extranjeras que tenemos á la vista, de nuestro art. 587, literamente traído del proyecto español de 1882, y quizá lo primero se deba á que no se consideró muy necesaria la disposicion que dicho artículo contiene, incluída virtualmente, por un lado, entre los preceptos generales comunes á toda clase de servidumbres, para cuando nada se ha previsto, respecto al particular, por los interesados, y de otra parte, en el principio según el cual, tratándose de servidumbres voluntarias, los dueños que han de utilizarlas y tolerarlas respectivamente ya convendrán todo lo que les sea útil y pertinente en cada caso.

Lo propio afirmamos dentro del Código español; pues correspondiéndose con los dos casos que acabamos de distinguir, tenemos, por un lado, el citado art. 545, para cuando nada se estipule al constituirse la servidumbre de vertiente de los tejados, y, por otro, el art. 594, cuando se trate de fijar á aquélla libremente las modalidades diversas que á su arbitrio acuerden los respectivos dueños. Y, á mayor abundamiento, existe el art. 598,

según el que el título, y, en su caso, *la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción*, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente, toda vez que en su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del 7.° título, libro II del Código, aplicables, ó sea, en el caso sobre que venimos discurriendo, por el ya referido art. 545. Es cierto que el segundo párrafo de éste prevé el que si, por razón de lugar asignado primitivamente ó de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente ó le privase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá variarse á su costa, siempre que ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre. Pero si se autoriza lo más, ha de autorizarse también lo menos; y menos que lo expuesto es lo prescripto en el precepto que comentamos, porque, con arreglo á él, no hay necesidad de variar el lugar por donde ha de verificarse el desagüe del edificio dominante, sino, una vez deducidas de éste las aguas, dirigirlas el propietario sirviente por el sitio que mejor le acomode á no lesionar ningún interés lícito ni derecho atendible.

Lo que al primer dueño le importa es que le deriven las aguas de sus tejados y luego se conduzcan á cualquier punto, de modo que no se le menoscabe, de manera alguna, la servidumbre constituída. De suerte que, como no se produce tal menoscabo con la práctica de la autorización consignada en nuestro artículo 587, hasta éste se halla virtualmente comprendido en el primer apartado del tan citado art. 545, no preceptuando, por tanto, el primero nada que no estuviese ya previsto en idea general. Mas por aquello de que «lo que abunda no daña», bien está que los conceptos en concreto contribuyan á aclarar y á confirmar los de universal aplicación, y por lo mismo, que el art. 587 del Código ratifique lo ya estatuído en el 545.

No será legal la imposición de la servidumbre de acueducto, en el caso de que tratamos, porque, según el art. 560, no puede imponerse para objetos de interés privado sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes; pero esto no quita para que, complementaria en algunos casos de la de desagüe, pueda el dueño dominante y el sirviente

libremente estipularla, por haber de conducirse las aguas de los tejados del primero á través del predio del segundo, para lo cual se necesitará, á veces, la construcción de un acueducto; y, entonces, si nada se prevé respecto al particular, de cuenta del dueño dominante serán los gastos que para ello se requieran, con arreglo al art. 543, pues son las referidas obras necesarias al ejercicio y conservación de la servidumbre, de la que va dicho dueño á utilizarse; y si son varios los de esta clase, entrará de lleno la aplicación del art. 544.

El gravamen ó perjuicio para el predio dominante á que se refiere nuestro artículo, podría, en todo caso, apreciarse por el juicio de personas técnicas, Arquitectos, siendo posible, amistosamente nombrados por uno y otro propietario colindantes, ó traídos al período de prueba del juicio, si se entablara la oportuna reclamación judicial, por cuyo dictamen se habría de guiar principalmente, y dentro de las reglas de la sana crítica, el juzgador que decidiese la cuestión litigiosa, por ser el de referencia un caso comprendido en la letra y espíritu del art. 610 de la ley de Enjuiciamiento civil, que señala la procedencia de la prueba pericial.

Si nos atenemos á la disposición general del art. 547, según el que la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera, habrá que convenir en que, prescrito legalmente el modo como el dueño del predio sirviente viene dando cumplimiento al desagüe de los tejados del fundo vecino, puede oponerse á la variación de que trata nuestro art. 587, el propietario dominante, fundado en la facultad que á su favor se desprende del referido primer precepto, cuando voluntariamente, claro es, quisiere hacer uso de tal derecho, aunque poco frecuentes serán los casos en que, por dicho motivo, resultasen diferencias entre ambos dueños, por estar suficientemente garantido el segundo de todo posible perjuicio ó lesión contra sus intereses, que pudiera cometer el sirviente, dada la terminancia del art. 587.

Equivocado, á nuestro parecer, se encuentra algún comentarista español al afirmar que la legislación de Partidas, principalmente en la 3.ª y ley 2.ª del tít. XXXII, considera solo como medio de adquirir la servidumbre de vertiente de los tejados el convenio, pues ni así se deduce de tal precepto, detenidamente

examinado, ni en lo más mínimo lo confirma una de las leyes de igual procedencia, transcrita en los *Precedentes legales*, ó sea la 14, tít. XXXII, Partida 3.ª, de la cual gramaticalmente se desprende que una de las maneras en que los hombres pueden recibir daño de las heredades de los otros, *sin poder quejarse con derecho* de aquellos á quienes pertenecen, es cuando se trata de obra hecha *antiguamente*, porque, aunque reciba daño de algún modo aquel que tiene la heredad de yuso (debajo) de la otra en que está la obra antigua, si pasan diez años entre presentes y veinte entre ausentes, el que sufre el gravamen debe sufrirlo, y no puede de ello querellarse. De suerte que, aun mencionándose en tercer lugar, como otra de las formas porque no pueden impedirse las labores ú obras hechas, las servidumbres que tienen unas heredades en otras, sería deducción legal, según lo dicho, la de que, en el primer caso expuesto, resultara constituída la servidumbre por prescripción, si transcurrieran en la forma mencionada los plazos indicados, porque el tercer caso que prevé la citada ley 14 de Partida, debe de aplicarse á la constitución de servidumbre por título expreso, por convenio solemne entre los interesados. Y es indudable, para quien conozca el organismo y espíritu de la legislación del Rey Sabio, que la materia de servidumbre no habría de quedar exceptuada de la doctrina general sobre prescripción, porque, además, en las leyes 1.ª (que inicia filosóficamente ésta) y en las 9.ª y 18 del tít. XXIX y Partida 3.ª, se extiende el beneficio de la prescripción adquisitiva y de la que produce la pérdida de nuestros derechos y acciones, tanto á las cosas muebles é inmuebles, consideradas materialmente, como á las incorporales; y para que no quede lugar á duda alguna, el final de la ley 14, tít. XXXI, Partida 3.ª, dice que la tercera manera de ganar las servidumbres en las cosas ó heredamientos, es el uso del tiempo, como en otra parte se establece.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1861, la ley 28, tít. V, Partida 5.ª, que habla de la entrega que debe hacer el vendedor al comprador de la cosa enajenada, con todas las que pertenecen *e son ayuntadas* á la misma para su servicio, no es aplicable á la servidumbre de luces y vertiente de aguas, porque, consistiendo éstas en un gravamen que afecta á la propiedad, deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes. De estos medios tampoco resulta excep-

tuado el de prescripción, que, en el caso regulado por la mencionada sentencia, bien pudo, ó no alegarse debidamente, ó no aparecer acreditado en forma legal.

ART. 588. Cuando el corral ó patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa á las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso á las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

Concordancias.—Igual al art. 593 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tít. XXXII, ley* **7.ª** Reparando o alimpiando algun ome los caños o las acequias, do se acojen las aguas de sus casas o sus heredades; maguer alguno de sus vezinos se touiesse por agrauiado de tal lauor como esta, por enojo que recibiesse de mal olor; o porque echassen en la calle, o en el suelo de alguno que estouiesse cerca de los caños, piedra o ladrillos, o tierra o alguna otra cosa de las que fuessen menester a aquella lauor; o atrauessasse las calles, en abriendo los caños con madera, o de otra guisa, fasta que ouiesse acabado la lauor; con todo esto, non le puede vedar ninguno, nin embargar que se non fagan tales lauores como estas: porque es gran pro, e gran guarda de las cosas, e aun aprouecha mucho la salud de los omes, de ser los caños bien preparados e limpiados. Ca si de otra guisa estouiessen, podria acaescer, que se perderian e se derribarian muchas casas por ende. Pero los que ouieren a fazer tales lauores con estas, deuen guardar que las fagan de manera, que quando fueren acabadas, non embarguen, nin tuelgan a otri en ninguna manera su derecho por razon dellas; e que finque el lugar en la manera que solia estar antiguamente.

Part. 3.ª, tít. XXXII, ley 15.—Corriendo agua por heredad

de muchos, maguer ninguno dellos non fiziesse labor porque la estancasse, si el agua por si naturalmente lo fiziesse, allegando fustes, o cieno, o piedras, o otra cosa qualquier, poco a poco de manera que destajasse el agua, e la sacasse del lugar por do solia correr, si por este destajamiento se sintiesse algun vezino por agrauiado o por perdidoso puede apremiar a aquel de cuya heredad fizo el agua el estanco, que faga de dos cosas la vna: o que lo alimpie, e abra aquel lugar por do solia correr el agua, e la faga y por do solia, o que lo dexe a el facer. E aquel cuya fuere la heredad, tenudo es de facer la vna destas dos cosas, maguer non quiera. Pero si aquel lugar do se destajasse el agua, fuesse acequia que perteneciesse á muchos, cada vno en la frontera de su heredamiento es tenudo de ir ayudar a endereçarla, de manera que vaya el agua por do solia, e se puedan ayudar della.

COMENTARIO.—Es legal, y por tanto forzosa la servidumbre regulada en el artículo anotado, porque el dueño del predio sirviente, á que en él se alude, está obligado á prestar la manera de hacerse el desagüe por su finca cuando ocurra el caso y las condiciones que se prevén, sin que le asista excusa de ningún género, no mediando tampoco la indemnización que él caprichosamente señale, sino la que en justicia corresponda. Con mucha razón se da esta forma imperativa y terminante á la exigencia legal de que se preste en el caso de referencia forzosamente la servidumbre de desagüe, por ser también apremiantes las consideraciones de policía higiénica y de conveniencia de los predios, que á ello obligan, porque de otro modo produciría muy graves consecuencias á la salud pública el estancamiento é impureza de aguas por largo tiempo detenidas, ó el peligro efectivo de una inundación de las que no pudieran tener lugar alguno de desahogo por el patio ó corral enclavados entre varias casas, y hasta la humedad que á éstas causaría la salida incompleta de las aguas pluviales ó su imperfecta filtración en el terreno de dichos corral ó patio. Por esto afirma, con muy buen sentido de la realidad, una de las leyes de Partidas anotadas en los *Precedentes legales*, «*que es gran pro, e gran guarda de las casas, e aun aprovecha mucho la salud de los omes, de ser los caños bien preparados e limpiados; ca si de otra guisa estouiesse, podria acaescer que se perderian e se derribarian muchas por ende*». De modo que han sido motivos

de interés público y de conveniencia privada los que obligaron á dar solución legal al conflicto de derecho que en otro caso se produciría, si no se autorizase la servidumbre forzosa de desagüe cuando el corral ó patio de una casa estuviese rodeado por todos lados de otras, suponiéndose como más probable que las mismas Ordenanzas locales, en cada pueblo, nada previesen respecto al particular.

Lo que censuramos es que habiendo tenido casi por únicos precedentes el art. 588 á los 1.134 y 1.279 de los Códigos mejicano y guatemalteco respectivamente, en los que se habrá inspirado asimismo, con toda seguridad, el autor del proyecto español de 1882, al redactar el suyo, 593, que conviene literalmente con el que comentamos, no se diera forma á éste en términos más comprensivos y que alejasen toda posible duda; porque el 588 referido concrétase á mencionar el corral ó patio de una casa, cuando la propia razón jurídica existe para que sean incluídos, por encontrarse en idéntico caso, un jardín, una huerta, un solar, un almacén y hasta una casa, que se hallasen circuídos por todos los cuatro costados, de otras edificaciones, sin tener comunicación directa con algún camino ó calle pública. Por esto los expresados Códigos extranjeros suponen la existencia de un predio rústico ó urbano (como idea general) de los que pueden hallarse en las condiciones enunciadas. Con este sistema generalizador quedan cogidos todos los cabos sueltos á que la práctica en concreto é individualidad de casos den lugar.

No vacilamos nosotros en sostener que á los referidos predios ó heredades que como ejemplo hemos citado, debe incluírseles asimismo en la disposición del art. 588, porque los principios generales del Derecho así lo aconsejan, no existiendo precepto legal expreso que prevea la dificultad, ni costumbre local que á ello se oponga. En diversos comentarios hemos aludido á la máxima de interpretación jurídica, según la que donde existe el mismo motivo de la ley, allí debe aplicarse idéntica disposición. Y calcúlense los graves resultados, según antes los apuntamos, que se seguirían de no imponer forzosamente la obligación del desagüe, por los predios circunvecinos, de las aguas que se recogieran en un solar, una huerta ó cualquier otro predio rústico ó urbano, enclavado entre otros. Las propias razones nos asisten para expresar que, aunque no sean precisamente casas (en el co-

rriente sentido que se da á esta palabra) las que rodeen al corral ó patio, sino bajos ó almacenes no destinados á viviendas, ó simples patios ó huertas, ó cualquiera otra heredad cerrada, lo mismo será pertinente la aplicación del artículo que estudiamos, sin que se precise, para interpretarlo, no según sus palabras materiales, sino según sus *vim ac potestas*, seguir literalmente su contexto, imperfecto indudablemente de expresión gramatical, pero terminante en el propósito que le guía de evitar contingencias graves contra la higiene pública y privada y los intereses respetables de los propietarios territoriales en general.

De suerte que, aun siendo interpretación restringida todo lo relativo á imposición de servidumbres forzosas, esta consideración, en otros casos atendible, debe de subordinarse á la anteriormente alegada, porque los miramientos al interés privado, no siendo hacedero otro recurso que los respete en su integridad é inviolabilidad, son después que los debidos á la conveniencia del mayor número á que no debe de imputarse la concurrencia de circunstancias de que exclusivamente no es responsable. Las exigencias de la moderna urbanización y otras muchas consideraciones de carácter local, igualmente dignas de respeto, traen consigo la necesidad imprescindible de adoptar la solución que venimos defendiendo, por consecuencia de hechos que la práctica repite muy frecuentemente. Por esto, también las leyes de Partida, que quedan anotadas, se refieren, en términos generales, á aguas que se recogen de las «casas ó heredades».

El primer requisito que es preciso acreditar, y con cierto rigorismo, antes de adoptar por precisión las medidas restrictivas sobre la propiedad ajena, de que venimos hablando, consiste en la justificación de que el dueño del corral ó patio no pueda dar salida por su misma propiedad á las aguas pluviales; extremo que no basta determinar á simple vista de profano, sino comprobar por el dicho de personas técnicas, quienes, examinando las condiciones de solidez y demás pertinentes de dicha propiedad, dictaminarán si la construcción del correspondiente acueducto ó lugar referido de salida puede de algún modo dañar ó perjudicar notablemente el predio que trata de ostentar el carácter de dominante, porque en otro caso, serían interesados tanto el parecer, quizá caprichoso, del dueño de aquél, al pretender el ejercicio de una facultad que sólo tiene la condición de excepcional y suple-

toria de cualquier otra posible, como el de alguno de los propietarios circunvecinos, que habrían de resistirse infundadamente, á veces, por no resultar, á su juicio, demostrada la necesidad del gravamen que tratara de imponérseles.

La segunda condición á que alude el art. 588 es la de que se dé paso á las aguas pluviales por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicio cause al predio sirviente, según aquel principio, que rige en la materia de servidumbres, de que el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída, sino respetar, en todo lo posible, la propiedad que ha de tolerar ó sufrir su carga, aun mediante la indemnización que se estipule. Este extremo también es propio de la competencia pericial racionalmente apreciada.

Y, por último, ha de concertarse la justa indemnización que proceda, por los perjuicios que la servidumbre lleve consigo, para cuya fijación también convendría oir el dictamen de peritos, combinado con las exigencias atendibles, respecto á circunstancias de orden profano, que expongan los directamente interesados.

Téngase en cuenta que el dueño del corral ó patio ha de ser el que satisfaga el coste de las obras necesarias para la conservación de la servidumbre de desagüe, sin alterarla ni hacerla más gravosa, ocasionando la menor incomodidad posible al propietario ó propietarios sirvientes, según así enseña el art. 543 combinado con los 550 y 551 de este Código; por esto el austriaco, en su artículo 491, preceptúa que si para la extracción de aguas fueren necesarias zanjas y canales, el propietario del predio dominante estará obligado á construirlos y á tenerlos bien cubiertos y limpios, para disminuir así la carga del predio sirviente. Según los artículos ya referidos de los Códigos de Méjico y Guatemala, las dimensiones y dirección del conducto de desagüe se fijarán por el Juez, previo informe de peritos y audiencia de los interesados, observándose, en cuanto fuese posible, las reglas de la servidumbre de paso. Esto, en substancia, equivale á lo que antes aconsejamos, pues es indudable que la autoridad judicial ha de intervenir forzosamente en la solución del conflicto, si las partes interesadas no se arreglan particularmente en la fijación de todas las condiciones de la servidumbre de desagüe, y entonces claro y

legal es que la expresada autoridad siga con preferencia las conclusiones del parecer técnico, debidamente estimado, en combinación, según también dijimos, con lo que aleguen, desde el punto de vista de su interés y derecho, los dueños de los predios dominante y sirviente.

Y aun tratándose en los artículos 559 y siguiente del Código de la servidumbre de acueducto aplicada á otra clase de usos, no vemos inconveniente alguno en que se tenga presente lo dispuesto en el segundo precepto, pudiendo, en el caso que estamos tratando, el propietario sirviente cerrar y cercar el acueducto, así como edificar sobre él, de manera que no experimente perjuicio ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias; porque, al fin y al cabo, tal autorización, tratándose de la servidumbre forzosa de desagüe de edificios, se halla asimismo dentro del espíritu de nuestro art. 588, en su última parte, y además no garantiza aquélla exclusivamente intereses privados, como ya demostramos, sino también los de higiene y policía, que son de carácter público, por lo menos en lo que á una localidad se refiere.

Como apéndice de todo lo antecedentemente expuesto sobre servidumbre de desagüe de los tejados, en general, podemos hacer mención de una manera especial de extinguirse la misma, y que prevé la ley 19, tít. XXXI de la Partida 3.ª, á saber: si el señor á cuya casa se debiese tal servidumbre otorgase poder al otro (al sirviente) para que hiciese alguna labor en el suelo donde cayesen las aguas, pierde por lo mismo el disfrute del gravamen, porque se entiende entonces que *quita* la servidumbre que tenía en aquel lugar. Debe de interpretarse esta disposición, respecto del caso concreto á que alude, considerando que la referida labor ha de ser de tal naturaleza que implique la imposibilidad de seguir prestándose el servicio de desagüe en la forma en que, según título ó posesión de determinado número de años, venía hasta entonces haciéndose, porque, de otra suerte, significaría el deseo y facultad del poseedor de la finca dominante de modificar la prestación del gravamen, á fin de que saliese más beneficiado el predio sirviente, sin que por eso se entendiese la servidumbre sin efecto, sino más bien mirado su disfrute. No existe la menor dificultad en juzgar legal dentro de nuestro Código civil novísimo dicha manera especial de extinción, pues, con arreglo al

número 5.º de su art. 546, las servidumbres se extinguen también por la renuncia del dueño del predio dominante, y á tanto equivale el autorizar éste á su convecino para ejecutar obras que implican la dejación del beneficio de que antes venía utilizándose, porque la mencionada disposición no exige que tal renuncia sea expresa y solemne, bastando, para los efectos de Derecho é interpretación restringida de una servidumbre constituída, que aquel acto del que la beneficie resulte tácita, aunque claramente, de la indudable significación indicada.

SECCIÓN SÉPTIMA

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

Tócanos ahora examinar el sexto grupo de las que el Código, con mayor ó menor propiedad y exactitud en cada caso, considera como servidumbres legales, según el sentido que ya en otras introducciones hemos explicado. Razones de diverso carácter justifican los que pudieran llamarse cuatro términos del expresado grupo, con relación á las cuatro clases de ideas que son contenido de los respectivos preceptos, ó sean, las que sirven de base á los artículos 589, 590, 591 y 592, porque ya, en su debido lugar, haremos ver cómo desentona y escapa á la razón de analogía que une, más ó menos sistemáticamente, á aquéllos, la disposición del 593.

No son, en efecto, idénticos los motivos que explican el primero de tales preceptos y los de los restantes entre sí, según acreditaremos; pero, sí, puede decirse que todos comulgan por igual en el concepto á que responde el epígrafe de esta sección, según queda enunciado, y además en la idea fundamental, de que son

consecuencia de restricciones que impone el Derecho administrativo, encargado de velar por los intereses del bien público, á facultades privadas del dominio que sobre sus predios y toda clase de construcciones tienen las personas, consideradas como sujetos del Derecho civil; aunque lo referente á plantaciones de árboles y extensión de las ramas de éstos sobre finca ajena responda también, en la mayor parte de los casos, al propósito del legislador de armonizar intereses privados que pudieran, sin las previsiones del Derecho positivo, verse en pugna y conflicto constantes.

No son extraños á un Código civil, como de primera impresión pudiera así juzgarse, disposiciones que tienen su fundamento en rama del Derecho distinta de la legislada por un Cuerpo legal de la expresada naturaleza. Enlazadas, como hemos de ver, se hallan facultades que afectan á dos órdenes jurídicos diversos: encontramos muy conforme con los principios de una sana lógica, y ajustado á las conveniencias científicas en general, el que aun no siendo más que por simple referencia, el Derecho civil se ocupe de extremos que toca al Derecho administrativo regularlos con mayor extensión y competencia, y viceversa, el que en leyes, decretos, Reglamentos y demás actos del Poder administrativo se modifiquen, restrinjan ó amplíen derechos privados, cuando las exigencias de una exposición metódica así lo hagan necesario, y, sobre todo, cuando unas y otras facultades se encuentren en íntima trabazón y, por tanto, en relación constante en la realidad de la vida. Obsérvese cómo por virtud de lo dicho, los preceptos que en esta sección responden mejor á la exactitud de las consideraciones expuestas, limítanse

á la enunciación del principio que en esta ocasión sólo es pertinente, y en cuanto á lo demás, se hacen referencias á las Ordenanzas, Reglamentos, costumbres y usos locales, propios de cada materia, en los que podrán encontrarse las ampliaciones y detalles complementarios cuyo estudio contribuya á hacer perfecto el examen de la indicada doctrina legal en todos sus aspectos. Encontramos sobre ello muy digno de aprobación el sistema de nuestro Código civil, porque todos sabemos lo inconstante y acomodaticia que es la legislación administrativa, según impere una ú otra situación política ó unas ú otras personalidades directivas dentro de una misma tendencia de gobierno. De esta forma y con las condiciones de mayor estabilidad de que goza una Compilación civil, no son tan temibles, como en otro caso lo serían, la variabilidad y diversidad de prácticas legislativas que se establecieran sobre los puntos principales que comprende esta sección séptima (ya que no vislumbramos fácil ni próximo, desgraciadamente, el remedio de nuestras costumbres políticas), siempre que se respetase y partiese, como así lo aconseja la filosofía del Derecho, de la idea cardinal de restricción de los derechos privados ante el público, que suma mayores conveniencias y á que responden los distintos preceptos que separada é individualmente habremos luego de estudiar.

Repetimos, no obstante lo dicho, que la principal característica del Código en esta sección es el regular un grupo de servidumbres legales, con relación á toda clase de construcciones y plantaciones de árboles, desde el punto de vista de las distancias que á aquéllas separen y de las obras intermedias entre las mismas con-

sentidas, salvo restricciones determinadas, que también se consideran adecuadas al caso de plantación de árboles, previniendo muy atendibles fines agrícolas. Porque tampoco el Código civil en este punto ha partido de un método preconcebido y científico para el examen de las servidumbres legales, analizando separadamente los dos términos de la clasificación de aquéllas en públicas y privadas, ya que, tanto en esta sección como en alguna de las anteriores, indistintamente se regulan servidumbres de dichos dos caracteres, catalogándolas sólo por razón del contenido é idea que envuelve el título de cada sección, que es lo más esencial, al parecer, para el legislador.

ART. 589. No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas sin sujetarse á las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

Concordancias.—Igual al art. 522 del proyecto de Código de 1851 y al 594 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXII, ley 22.* Desembargadas, e libres deuen ser las carreras, que son acerca de los muros, de las villas e de las cibdades e de los castillos; de una cerca que non deuen y facer casa, nin otro edificio que los embargue, nin se arrime a ellos. E si por auentura alguno quisiesse y fazer casa de nueuo, deue dexar espacio de quince pies entre el edificio que faze, e el muro de la villa o del castillo. E esto touieron por bien los sabios antiguos, por dos razones. La una, porque desembargadamente puedan los omes acorrer, e guardar los muros de la villa en tiempo de guerra. La otra, porque de las allegança de las casas non viniesse a la villa, o al castillo, daño, nin traycion.

Libro 7.º, tít. I, ley 1.ª, consiguiente á la 5.ª, Suplemento de la Novísima Recopilación, Real orden dada por Carlos IV en San Ildefonso el 12 de Agosto de 1790, inserta en circular de 16 de Agosto de 1806.—Enterado de los edificios que hay establecidos contra ordenanza dentro de la distancia de 1.500 varas de las fortificaciones de las plazas del Reyno de Valencia, permito que subsistan en los términos que ahora se hallan, y que puedan repararlos y entretenerlos sus dueños, pero no reedificarlos ni aumentarlos en su planta y elevación, ni establecer otro alguno de nuevo en los sitios prohibidos sin Real probación; debiendo los Gobernadores celar con el mayor cuidado la observancia de esto, especialmente en aquellos edificios que se hallan inmediatos ó sobre los terraplenes y parapetos, y que interceptan ó hacen difícil el tránsito por tales parages; pues semejantes abusos son manifiestamente opuestos á ordenanzas y en gravísimo perjuicio de la defensa de las plazas.

Para que ningún vecino pueda alegar ignorancia, publicarán los Gobernadores respectivos esta providencia por medio de bandos en la forma acostumbrada, advirtiendo á los dueños de los edificios que en caso de ser necesario demolerlos, por convenir al Real servicio, no podrán solicitar reintegro alguno de los perjuicios que de ello se le sigan.

Y con la mira de libertar á los propietarios de la necesidad de recurrir á la Superioridad, por la licencia de hacer pequeños reparos para la conservación de sus edificios situados en la distancia prohibida alrededor de las plazas, he resuelto que se observe en todas las del Reino, excepto las de los dominios de Indias y de África, esta Real orden.

COMENTARIO.—Regula el artículo una servidumbre pública llamada de la zona militar, negativa, por cuya virtud, tanto los particulares como, en general, las entidades extrañas al ramo de Guerra, que construyan y planten en proximidad á las plazas fuertes y fortalezas, tendrán que sujetarse á determinadas condiciones restrictivas. La explicación de tal gravamen no podríamos darla nosotros con mayor fuerza de expresión que la que emplea la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales;* «los sabios antiguos tuvieron por bien el que se dejase expedito el espacio de los muros de las villas, de las ciudades y de los castillos, por dos ra-

zones: porque desembarazadamente pudieran los hombres correr y guardar dichos muros en tiempo de guerra, y porque de lo contrario, la proximidad de las casas no viniera á la villa ó al castillo daño ni traicion.» Motivos, pues, de orden militar aconsejan que al fuero de Guerra se le deje en condiciones de libre desenvolvimiento el día en que la Patria le llame á rechazar el embate del enemigo ó á salir á la defensa de un interés nacional comprometido; y, al propio tiempo, de ello reciben beneficio y ventaja los particulares á quienes, con tales restricciones á su propiedad, se les librará en dicha ocasión de indudables peligros contra su tranquilidad y hasta contra su vida y haciendas. Además, aun en tiempos normales de paz, es bien sabido el sigilo con que, según lo ordenado, se lleva todo lo que se proyecta y ejecuta en el recinto de las plazas militares, y se atentaría á esta importante previsión si se admitiese la vecindad á aquéllas de viviendas ó lugares á los que habrian de acudir por necesidad y continuamente sus beneficiadores ó moradores.

La prescripción que comentamos es bien comprensiva; cita lo mismo las construcciones que las plantaciones, aunque aquéllas se refieran á una simple choza ó cobertizo y las segundas sean de una huerta, es decir, todo aquello que, constituyendo propiedad particular, impida, por razón de su disfrute, el libre y desembarazado ejercicio de los fines militares consiguientes á la mejor defensa del territorio y dignidad nacionales, y, como dice un publicista español, «con el propósito de evitar que las plazas de guerra y fuertes pierdan su valor defensivo por el crecido número de edificios que á su alrededor se construyan».

Constante y uniforme ha sido siempre, en lo esencial, la legislación sobre el particular, pues desde las *leyes 9.ª y 12.ª, título X y libro 8.º del Código Justiniáneo*, en Roma, hasta el precepto expreso que comentamos, todos los Códigos y países dieron forma análoga, ya en sus Compilaciones civiles ó ya en las administrativas, á la idea sustancial en que dicho precepto se inspira. La ley de la Novísima Recopilación inserta en los *Precedentes legales*, es posterior á las Ordenanzas del Ejército, publicadas en 22 de Octubre de 1768, y en cuyo art. 10, tít. II, tratado VI, ya se dispuso literalmente que «desde ahora en adelante no permitirán los Gobernadores que se fabriquen casas ni otros edificios sobre los terraplenes, ni que se reparen las que ya se hallen

construídas, observando lo mismo por lo que corresponde á la campaña en la circunferencia y distancia de 1.500 varas del camino cubierto; pero en las plazas interiores que, por orden particular, comunicada al Capitán general de la provincia por mi Secretario del despacho de la Guerra, mandaré yo exceptuar, podrán los Gobernadores permitir lo que, por punto general, prohíbe este artículo á las otras». Los artículos 11 y 12, de iguales título y tratado referidos, expresan que no se condescenderá en que por los contornos del recinto se abran zanjas ni caminos hondos, se fabriquen cercas ó vallados, ni se depositen ruinas que formen montones ó alturas con perjuicio ó deformidad de la plaza, ni se permitirá por modo alguno que se labre, *siembre* ni *plante* en los terraplenes, baluartes, parapetos, fosos, caminos cubiertos y explanadas; y sólo, al fin de éstas, se podrán poner dos ó más filas de árboles, paralelas al camino cubierto, que en tiempo de guerra puedan ser útiles para estacadas, faginas y otros usos. Por esto, la referida ley de la Novísima da ya por legal la mencionada distancia de las 1.500 varas, limitándose á legislar para lo sucesivo respecto de la reparación y modificación de las construcciones realizadas y las que en adelante se levanten de nuevo.

Para comprender exactamente el principio que informa toda la legislación administrativa, con relación á la servidumbre militar que examinamos, y sin necesidad de exponer aquélla detalladamente, ni mucho menos, pues en la *Colección oficial legislativa* y en los Apéndices de este tomo estarán insertas todas las fuentes legales acerca de dicha servidumbre, habremos de partir de la existencia de una zona de terreno, inmediata á las plazas fuertes y fortalezas, y que se denomina *zona militar*, *táctica* ó *polémica*, indistintamente con esos tres nombres. Dicha zona comprende, aun hoy todavía, la expresada distancia de 1.500 varas, subdividida en tres partes, la primera de extensión de 500 varas, dentro de la cual no está permitido hacer género alguno de construcción, ni de plantación, ni alteración del terreno; la segunda se extiende 500 varas más, y en ella se pueden levantar edificios de un solo piso, en cuya construcción no entre más material que madera ó hierro, con un pequeño zócalo de mampostería de unos dos pies de altura, y la tercera que se fija en otras 500 varas, es decir, 1.500 desde la fortificación ú obras avanzadas de la misma,

en cuya parte de zona pueden construirse edificios de un solo piso con pilares de mampostería, muros de medio pie de espesor y cuanto se permite en esta segunda sección. Así se halla dispuesto en la Real orden de 16 de Septiembre de 1856, al modificar la de 3 de Diciembre de 1847 y detallar el primer pensamiento, que en cuanto á este extremo, se halla consignado en el lugar referido de las Ordenanzas militares.

A pesar de tales autorizaciones, éstas no se otorgan sin la concesión de las oportunas licencias, que se obtendrán mediante los trámites que minuciosamente refiere la Real orden de 13 de Febrero de 1845, en sus siete reglas, y á ellas nos remitimos para mayores ampliaciones, bastando á nuestro objeto presente, por la importancia de la doctrina que comprende, propia del Derecho civil, mencionar lo que la sexta de aquéllas dice, en cuanto que las expresadas licencias no serán ni deberán considerarse nuevos títulos de posesión en favor de los propietarios, ni modificarán en manera alguna las cláusulas particulares á que se haya sujetado la construcción de dichos edificios al ser aprobada por S. M., ni mucho menos alterarán la condición esencial y común, por la cual están obligados los dueños de todos los edificios construídos en las demarcaciones militares de las plazas y puntos fuertes á demolerlos á su costa, *sin poder solicitar indemnización ni reintegro*, siempre que lo exija el servicio del Estado y sean requeridos al efecto por la autoridad militar competente. Ya más adelante, para seguir en la exposición riguroso método, y sobre la última enunciada idea, probaremos que ésta envuelve un nuevo gravamen sobre las construcciones y plantaciones ejecutadas dentro de las zonas militares.

El otorgamiento de las licencias de referencia corresponde al Ministerio de la Guerra, mediante Real orden ó Real decreto, y después de haber informado la petición el Gobernador militar de la provincia, y de hacerlo también los Comandantes de Ingenieros, dictámenes que se pasarán al Capitán general del distrito, quien remitirá el expediente al Director Subinspector de Ingenieros (hoy á quien desempeñe el cargo correspondiente en el Ministerio de la Guerra), el cual, antes de ser elevado dicho expediente á la Superioridad por el Capitán general, expondrá asimismo su parecer, para la resolución definitiva que en su día proceda. La ejecución de las obras quedará bajo la vigilancia especial del

Cuerpo de Ingenieros. Todo esto, para en el caso de que se trate de edificar de nuevo ó aumentar las dimensiones ó solidez de lo edificado. Para conseguir licencia de ejecución de obras de mera conservación y entretenimiento en los edificios construídos con Real permiso, que en manera alguna tengan por resultado aumentar las dimensiones de la planta y elevación del todo ni de parte alguna, ni acrecentar la solidez de dichos edificios, son más sencillos y breves los trámites, otorgando la oportuna autorización el Capitán general del distrito, previos los informes del Director y Comandante de Ingenieros.

Lo vigente, aun hoy, por tanto, sobre tramitación de licencias para construcciones es la citada importante Real orden de 1845, habiendo ya sido equiparadas á éstas las plantaciones en la regla 2.ª de la Real orden de 22 de Marzo de 1875, la cual ya indica en su expresivo preámbulo el desuso ú olvido en que venían teniéndose tales preceptos, cuando hace constar que no es posible se tolere más en las zonas polémicas las construcciones fraudulentas que servirán de resguardo al enemigo, porque debe de anteponerse á las consideraciones sociales que los dueños de las fincas enclavadas en la primera zona puedan aducir, la más poderosa que constituye una ley de fuerza creada por la imprescindible necesidad de que las plazas de guerra conserven intacto su valor defensivo; porque en tal disposición se recomienda enérgicamente el cumplimiento de lo legislado, haciendo á los Gobernadores militares responsables, según las Ordenanzas (art. 32, tít. 11, tratado 6.º) de cualquiera infracción sobre el particular.

Tal es la doctrina que más nos conviene conocer como pertinente al comentario del art. 589 del Código, y la cual, claro es, no puede tener efecto retroactivo respecto de las construcciones y plantaciones, tanto ejecutadas con anterioridad á la legislación expuesta, como anteriores también á las plazas fuertes y fortalezas próximas, y desde las cuales alcance á aquéllas las zona táctica. Por este principio, la Real orden de 12 de Agosto de 1790, cuyo cumplimiento se recordó por otra de 26 de dicho mes y año de 1806, declaró permitida la continuación de los edificios ya construídos y su reparación y entretenimiento, con anuencia de los Capitanes generales, aunque no reedificarlos, ni aumentar su planta y elevación ni construir otros nuevos sin Real licencia, y el art. 2.º del Reglamento para la aplicación al ramo de guerra en

tiempo de paz de la ley de 10 de Enero de 1879, sobre expropiación forzosa, su fecha 10 de Marzo de 1881, otorga indemnización á los dueños de aquellas construcciones, obras y plantaciones que han de expropiarse y que se acredite existían ya *antes que las fortificaciones en cuyas zonas se hallen* ó antes de que se *estableciesen las servidumbres en las zonas militares por las Ordenanzas y Reglamentos*, exceptuándose siempre de dicha indemnización las obras y plantaciones que, para aumentar ó mejorar las propiedades, hubiesen hecho con posterioridad á dichas fortificaciones y servidumbres los propietarios.

Las reglas expuestas convienen tanto á los particulares como á las entidades ó corporaciones, aun oficiales, en sus relaciones con el ramo de Guerra, según hubimos de indicar al principio de este comentario. Respecto á los Municipios, se preceptúa en la regla 2.ª, capítulo II del Reglamento de 22 de Diciembre de 1880 (para la aplicación de las disposiciones de Policía urbana á las construcciones militares y para esclarecimiento y ampliación de lo que está prevenido por el ramo de Guerra respecto á edificaciones por los Ayuntamientos ó particulares en las zonas polémicas de los puntos fortificados y en todos los terrenos sobre que tiene dicho ramo impuestas servidumbres), que cuando alguna de las expresadas Corporaciones estime conveniente la ejecución de cualquiera obra ó creación de barrios en las zonas polémicas de los puntos fortificados ó en terreno sujeto á servidumbres de guerra, se dirigirá el Ayuntamiento á la Autoridad militar, manifestando las razones en que se funda y acompañando un plano en que se marque la situación que crea conveniente á dicha obra ó barrio, con el perímetro de aquélla ó las manzanas de casas que han de formar éste; previa la instrucción del oportuno expediente, resolverá, en su día, el Ministerio de la Guerra las condiciones á que ha de sujetarse la construcción de la obra, caso de que otorgue la autorización; y si con lo resuelto no se conforma el ramo civil, se nombrará por ambos una Comisión mixta, y si, á consecuencia de ella, tampoco se llegare á un acuerdo, se someterá el expediente á la resolución del Consejo de Ministros.

Entiéndense las concesiones que se otorgan por el ramo de Guerra á los particulares en los terrenos de la zona polémica, según la regla 1.ª, capítulo II del antes citado Reglamento, como expresión de que el referido ramo no tiene por su parte inconve-

niente alguno en la autorización con las condiciones que para cada caso marca, y que tan sólo se refiere á alturas y consistencia de los edificios; pero dejando, por todo lo demás, completamente libre y expedita la acción del ramo civil en cuanto se refiere á las disposiciones de Policía urbana, siempre que éstas no alteren, en manera alguna, la forma y disposición de los terrenos mencionados.

Del propio modo, y como indicación general que estimamos aquí pertinente hacer, á la Autoridad civil, por el capítulo I del mencionado Reglamento de 1880, se la respetan sus facultades privativas por lo que hace referencia á la Policía municipal de construcción ó reforma de edificios que den á la vía pública, revoques ó reparaciones en las paredes de las fachadas ó cualquiera otra obra que afecte al tránsito del vecindario, conducción y descarga de materiales, disposición en que han de trabajar los canteros, carpinteros y aserradores de madera, disposición de cercados y vallas, vigilancia, depósito y vaciado de escombros y reparación de desperfectos ocasionados en las calles ó espacios públicos por las obras, edificios que puedan estimarse peligrosos, como hospitales, factorías de provisiones y utensilios destinadas á contener gran cantidad de materias fácilmente inflamables y almacenes de pólvora, ruina de edificios del ramo de Guerra, nuevos proyectos de alineación ó rasante y apertura de calles en poblaciones de una plaza de guerra. En caso de desacuerdo del ramo de Guerra con el Municipio, los respectivos Capitán general y Gobernador civil nombrarán también una Comisión mixta. Si de ella tampoco resultase acuerdo conforme, se obtendrá del Consejo de Ministros.

En Cataluña, y según la *Ordinacion de Sanctacilia 36, parte 1.ª*, la distancia á que había de edificarse frente á las murallas ó torres era la de diez palmos de *destre* y la de doce á contar desde el cordón, cornisa ó remate de la torre; pero tales disposiciones las estimamos derogadas por las que, como de carácter general para todos los españoles y en servicio del Estado, quedan ya antes especificadas.

Con relación á nuestro art. 589, y dentro del espíritu y tendencia de éste, existe en la legislación administrativa vigente alguna otra restricción más que la de no poder edificar ó plantar sino á determinadas distancias de las plazas fuertes ó fortalezas.

Según el art. 1.º (núm. 6.º) del Reglamento de 1881, ya citado, para la aplicación de la ley de Expropiación forzosa al ramo de Guerra, habrá lugar á dicha expropiación por causa de utilidad pública, entre otros casos, de las construcciones y plantaciones de cualquier género que, hallándose comprendidas en las zonas militares exteriores ó interiores de las fortificaciones, no tengan las condiciones con que puede permitirse su existencia, según lo dispuesto ó lo que en adelante se disponga sobre zonas; y el artículo 2.º, siguiente, niega indemnización por tales expropiaciones. En efecto, antes hemos referido ya la excepción de tal precepto para cuando las obras ó plantaciones existieran primero que las fortificaciones ó que el establecimiento de las servidumbres públicas de que venimos hablando. De modo que las construcciones y plantaciones ejecutadas posteriormente á los expresados hechos no están sujetas á indemnización alguna, porque ya se permitió su realización con arreglo al número de la vigente y ya citada Real orden de 1845, quedando obligados sus dueños á demolerlas á su costa, *sin poder solicitar indemnización ni reintegro*, siempre que lo exija el servicio del Estado y sean requeridos al efecto por la Autoridad militar competente. Muy censurada ha sido y es esta extrema facultad, atentatoria con exceso de la propiedad individual, hasta el punto de que algún tratadista español la considera producto de un verdadero socialismo del Estado; pero algo atenúa su rigorismo el que el solicitante de autorización para construcciones ó plantaciones en la zona polémica, se somete, una vez aquélla ya obtenida libremente, á sufrir gravámenes que, según la ley, son consecuencia indeclinable de la petición que entabla ante las Autoridades militares; y ya es sabido que los fueros militares son absorbentes é implacables cuando la defensa del territorio y las exigencias tácticas para tal objeto así lo demandan.

El Reglamento de 19 de Febrero de 1891 para la aplicación al ramo de Marina de la ley de 10 de Enero de 1879, sobre expropiación forzosa, sienta un principio análogo al expuesto, según el párrafo 2.º de su art. 2.º, al preceptuar que no tendrán derecho á indemnización de ninguna clase los que hubiesen sido autorizados para edificar, construir ó utilizar los terrenos situados dentro de la zona marítima con cualquier otro aprovechamiento, si las concesiones ó autorizaciones que al efecto obtuvieron con-

tienen la cláusula de dejarlos libres y desembarazados cuando fuesen necesarios para el servicio público ó de la Marina militar. La zona marítimo-terrestre ya sabemos que, según la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 (art. 1.°, núm. 1.°), es el espacio de las costas ó fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, donde no lo sean.

Por Real decreto de 17 de Marzo de 1891 se establece una zona militar de costas y fronteras para armonizar las necesidades de la defensa nacional con las obras de utilidad pública; cuya zona rodea todo el perímetro de la Península y comprende cuatro secciones: Pirineo ó frontera del Norte, frontera de Portugal, costa del Norte y costas de Levante y Mediodía, dentro de las cuales no se podrán estudiar, proyectar ni construir vías de comunicación de cualquier clase que sean, *así como tampoco aquellas obras* del Estado, Diputaciones provinciales, Municipios ó empresas particulares que, por su importancia y situación, puedan afectar de una manera directa á la defensa del territorio, sin la intervención y aprobación del Ministro de la Guerra. La Real orden de 30 de Septiembre de 1891 hizo extensivas estas disposiciones á Baleares y Canarias.

La inteligencia de las frases «plazas fuertes» y «fortalezas» de nuestro art. 589, la obtendremos de los vocabularios ó tratadistas militares, según los cuales llámanse las primeras á toda ciudad, pueblo ó punto fortificado con recinto amurallado, baluartes, reductos y demás reparos y defensas, y desde los que la guarnición que encierran puede hacer frente con ventaja al enemigo, puesta á cubierto de sus ataques; y «fortaleza» el punto fortificado aislado capaz de contener la guarnición correspondiente á su recinto, y que sirve á veces de ciudadela ó de obra combinada para la defensa de otras inmediatas.

Las Ordenanzas de Ingenieros de 11 de Julio de 1803, que por el tiempo en que se han dictado son una ley del Reino, confirman la doctrina expuesta en este comentario, porque en sus artículos 15 á 20, título VII del Reglamento segundo, prohíben asimismo en las zonas militares toda clase de obras que puedan causar perjuicio á los baluartes de la defensa nacional, autorizando á los Gobernadores de las plazas para que las suspendan

y aun impidan cuando se verifiquen á menos distancia de 1.500 varas de la fortaleza.

Y la jurisprudencia del Tribunal Contencioso-administrativo también hace igual confirmación; y, en efecto, la sentencia de 10 de Julio de 1871, entre otras cosas, declara que, pudiendo negar la Autoridad militar las licencias para construcción de obras dentro de la zona militar, es claro que al concederlas, aun con condiciones, en vez de causar un perjuicio, otorga al particular un beneficio que nadie, sin embargo, le obliga á aceptar; la de 27 de Febrero de 1877 afirma que el derecho del Estado á demoler las obras construídas ó que se estén construyendo en las zonas militares de las plazas fuertes es incuestionable, y tratándose de una cerca en construcción sin Real licencia, que se encontraba en las zonas militares de la plaza de Cartagena, pudo la Autoridad militar mandar demolerla, aun sin instruir el expediente de expropiación, por ser éste caso de excepción, según la Real orden de 2 de Octubre de 1873, no procediendo otorgar indemnización por las obras fraudulentas, aun dentro del Reglamento de 13 de Julio de 1863 (derogado hoy por el vigente de 10 de Marzo de 1881, que ya expusimos), aunque se partiese para reclamarlas de concesiones otorgadas, toda vez que éstas se otorgaron dejando á salvo las servidumbres militares, es decir, el derecho del Estado á demolerlas sin indemnización alguna, derecho contra el cual no puede oponerse ningún otro, cualesquiera que fueran los motivos por los que se hicieran tales concesiones. Y, por último, entre otras muchas, la sentencia de 20 de Mayo de 1880 declara que, según las disposiciones vigentes, deben estimarse fraudulentas todas las edificaciones hechas en las zonas militares de las plazas de guerra sin la debida autorización, y puede, por tanto, ordenarse su destrucción cuando convenga.

De conformidad con el espíritu del precepto que comentamos, también el art. 12 de la ley de Minas de 6 de Julio de 1859, según fué reformada por otra de 4 de Marzo de 1868, expresa que no pueden abrirse calicatas ni otras labores mineras á menor distancia de 1.400 metros de los puntos fortificados, á no ser que se obtenga licencia de la Autoridad militar. Y el Reglamento para la ejecución de la ley de carreteras, de 10 de Agosto de 1877, en sus artículos 15 y 35, determina que si la carretera costeada por el Estado pudiera afectar á la defensa del territorio, por pasar

por la zona de alguna plaza fuerte, antes de la aprobación del proyecto deberá ser consultado el Ministro de la Guerra, lo cual ha de cumplirse asimismo cuando se trate de carreteras provinciales.

ART. 590. Nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, ó fábricas que por sí mismas ó por sus productos sean peligrosas ó nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

Concordancias.—Igual al art. 525 del proyecto de Código de 1851 y al 595 del de 1882, y comprendidos virtualmente los 596 y 597 de éste en el transcrito 590.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, ley 19, tit. IV, libro IV.*—Si alguno abriere sylo, ó pozo ó otra foya en carrera, ó en plaza, ó en otro lugar donde daño pueda venir, no lo dexe descubierto, mas cubralo de guisa porque á aquellos que pasaren no pueda venir daño: é si de otra guisa lo dexare...

Novísima Recopilación, libro VII, tit. XL, ley 5.ª, párrafo III. Siendo igualmente útil á la pública salud que dentro del corto recinto de la Corte y demás poblaciones no se establezcan fábricas ni manufacturas que alteren é inficionen considerablemente la atmósfera, como xabonerías, tenerías, fábricas de velas de sebo, cuerdas de vihuela, ni los obradores de artesanos que se ocupan

en aligaciones de metales y fósiles que infectan el ayre, debiéndose permitir solamente almacenes ó depósitos de materias ya trabajadas; me propondrá la Junta de Gobierno quanto le parezca conveniente, para evitar las funestas conseqüencias que pueden sobrevenir de esta tolerancia.

Novísima Recopilación, libro III, tit. XIX, ley 9.ª—Ningún maestro de obras ni otra persona, de qualquier calidad que sea, aunque sea dueño de la misma obra, haga ni permita hacer horno ninguno de yeso dentro de la misma obra, ni en otra parte que esté dentro del comercio de la Corte, si no es en los barrios y arrabales de ella lo más retirado, sin que pueda causar incendios, pena de cien ducados á qualquiera de las personas que en otra forma hicieran dichos hornos, que se executará irremisiblemente.

Novísima Recopilación, libro III, tit. XIX, ley 8.ª—Todos los esparteros de esta Corte se vayan á vivir con sus tiendas á los arrabales de ella, con todo el material que tocante á sus oficios tengan en sus casas ó en otras del comercio...

Novísima Recopilación, libro III, tit. XIX, ley 11.—Art. 6.º Ningún mercader ni tratante pueda tener pólvora en más cantidad que una libra, sin expresa licencia del Gobierno por escrito...

Art. 7.º Los carpinteros, tallistas y ebanistas y todos los demás oficios de esta especie, tendrán sus maderas en corrales, á donde no podrán entrar de noche sino con farol de vidrio, y lo mismo se observará en las caballerizas...

Art. 13. Los confiteros y demás oficios que tengan que usar del fuego, se abstendrán de hacerlo por la noche en los patios de las casas, pero sí podrán hacerlo en las cocinas, hornos ó fraguas bien acondicionadas...

Art. 15. Los confiteros, cereros, bodegoneros, sombrereros y pasteleros que viven en la Plaza Mayor y sus avenidas, si quisieren permanecer en ella para su mayor tráfico y comercio, y vender sus manufacturas, ha de ser con la precisa condicion de que sus hornos y obradores los han de trasladar á otra parte en el término de seis meses...

Artículo 1.º Todos los fogones, hornos y chimeneas se construyan en lo sucesivo con solidez, sin madera alguna, quedando los maestros responsables á cualquiera desgracia que suceda por su impericia ó descuido.

Novísima Recopilación, ley 10, título y libro referidos.—Los due-

ños de fábricas de yeso, teja y ladrillo, situadas dentro de Madrid, las trasladen en el término preciso de seis meses á los parajes de fuera de la poblacion que se les señalen por el Corregidor, prohibiendo se construyan otras dentro de su recinto, ó aun fuera de la población, sin que preceda su licencia...

COMENTARIO.—Las restricciones á la propiedad privada de que se ocupa el precepto transcrito, por el contrario de las examinadas en el precedente comento, persiguen más bien la utilidad particular de los dueños de cualquier construcción, que un fin de carácter exclusivamente público, puesto que garantizan la tranquilidad, salubridad y comodidad de los propietarios de la pared ajena ó medianera.

Escasos precedentes, por lo menos remotos, cuenta nuestro artículo 590, pudiendo decirse que en el Derecho patrio no existen más, ni aun de indirecta significación, que los anotados del Fuero Real y de la Novísima Recopilación. En la legislación romana únicamente conocemos las *leyes 13, 27 (§ 10), 19, tit. II; 17 (§ 2.°), tit. V, libro VIII, y 24 (§ 12), tit. II, libro XXXIX del Digesto*, que se ocupan: la primera de la prohibición de aproximar á la pared común cualquier cosa que pueda tostarla; la segunda, de que se puede tener horno y hogar, dando caución al vecino por el daño que pudiera irrogársele; la tercera trata de los acueductos; la cuarta de los estercoleros, y la quinta de la apertura de pozos.

Muy abundante y variada es la legislación administrativa de nuestra patria; por lo que, siguiendo idéntico criterio al empleado en el anterior comentario, la expondremos en sus líneas generales, remitiendo al lector á los Apéndices ó tratados especiales, que expongan, en todos sus detalles é historia de lo legislado, la materia legal en cada caso de los que enumera el art. 590.

Pozos.—La ley vigente de Aguas de 13 de Junio de 1879 declara, sí, la facultad de que todo propietario puede abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas, entendiéndose por tales pozos los que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico ó necesidades ordinarias de la vida y en los que los aparatos para la extracción del agua no se mueven por otro motor que el hombre, aunque con ellos resultasen amenguadas las aguas de sus vecinos, debiendo, sin

embargo, guardarse la distancia de dos metros entre pozo y pozo dentro de las poblaciones, y de quince metros en el campo entre la nueva excavación y los pozos, estanques, fuentes y acequias permanentes de los vecinos. Así lo expresa también literalmente el art. 596 del proyecto de Código civil de 1882, y, en substancia, indica la propia idea la ley 19, tít. XXXII, Partida 3.ª Pero, respecto de tal clase de pozos, nada prescriben la ley ni la jurisprudencia administrativa y judicial, que hemos examinado, con referencia á las distancias que deben mediar entre los mismos y una finca edificada ó una pared ajena, como se previene tratándose de alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones ó por galerías, pues el art. 24 de la expresada ley preceptúa que dichas labores no podrán ejecutarse á menor distancia de 40 metros de *edificios ajenos*, de un ferrocarril ó carretera, ni á menos de 100 de otro alumbramiento, ó fuente, río, canal, acequia ó abrevadero público, sin la licencia correspondiente de los dueños, ó, en su caso, del Ayuntamiento, previa formación de expediente; ni dentro de la zona de los puntos fortificados, sin permiso de la Autoridad militar; disposición que también comprende, casi literalmente, el referido proyecto de 1882, en su art. 597; habiéndose resuelto por Real orden de 2 de Mayo de 1891 que el aprovechamiento de aguas subterráneas por pozos con máquina elevatoria, cuyo motor no sea el hombre, está comprendido en dicho precepto. De modo que, tratándose de la primera clase de pozos, procederá aplicar las prescripciones pertinentes de las Ordenanzas ó usos locales, donde los haya, y, en otro caso, las reglas del dictamen pericial, á los efectos del párrafo 2.º de nuestro art. 590.

Para el caso de que haya de seguirse el parecer técnico, aconsejan los tratadistas de Arquitectura legal que se revista además el pozo de fábrica de ladrillo ó mampostería, pues cuanto mejor sea la construcción que en ellos se emplee, tanto menor podrá ser la distancia de que venimos hablando, la cual puede acortarse desde luego un pie, si, además del revestido, se echa una tongada de hormigón bastante gruesa en todo el espesor ó se construye un muro de refuerzo que por la parte inferior baje más que el fondo del pozo, y por la parte superior llegue hasta la superficie del terreno; todo ello con el objeto de evitar en lo posible las filtraciones que de los depósitos de aguas provienen y

deterioran considerablemente las construcciones medianeras; objeto que se propuso el legislador al dictar el precepto que comentamos, en cuanto á apertura de pozos cerca de propiedad ajena se refiere.

Cloacas.—Ya dimos á entender, al ocuparnos de la servidumbre de desagüe de edificios, que en tal lugar sólo se trataba de la salida de aguas pluviales, quedando para el presente la de las inmundas ó de vertedero, á cuya materia equiparamos, para examinarla también en este comentario, la referente á humos. La ley 7.ª, tít. XXXII, Partida 3.ª, en otra parte anotada, ya vimos que autorizaba el que pudieran repararse ó limpiarse los caños por donde vienen las aguas de las heredades, aunque alguno de los vecinos se quejase de ello, por enojo que recibiese del mal olor. Precepto administrativo que de tal particular se ocupe concretamente, no conocemos ninguno; por lo cual advertimos lo mismo que al tratar de los pozos.

De seguir el dictamen pericial, conviene tener presente que no se establezcan cloacas ni depósitos de inmundicias en la proximidad de pozos de aguas claras, norias, etc., procurando que además de la distancia que se determine, del fundo ajeno, se empleen, en los correspondientes conductos, materiales sólidos y capaces de resistir cuanto sea posible, no solamente la humedad y cualquier líquido, sino los ácidos y disolventes en que puedan descomponerse, como procedentes de líquidos industriales ó de uso doméstico; evitando además toda desigualdad en dichos conductos ó en las alcantarillas, que pueda dar lugar á retención de inmundicias que, acumulándose sucesivamente, embarazan el libre desahogo de las alcantarillas, ocasionándose graves perjuicios, tanto á la construcción como á la comodidad pública por los fétidos olores que despidan.

Acueductos.—Sabemos, por el art. 559 del Código, de acuerdo con el 83 de la ley de Aguas vigente, que no puede imponerse servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado, sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines y huertas ya existentes. Pero además de que, en otra parte, convinimos en que tal servidumbre la pueden establecer voluntariamente los dueños dominante y sirviente al tratar de desaguar las aguas pluviales de sus edificios, ó al concertar la manera de que las aguas corrientes discurran por sus predios,

puede el acueducto construído para fines de utilidad pública atravesar fincas de dominio particular; y en este caso, dispone el artículo 93 de la expresada ley que, aun siendo aquéllas de cualquier clase, quedará obligado el que haya obtenido la concesión de la servidumbre forzosa de acueducto á construir y conservar las alcantarillas y puentes necesarios, y si hubiese de atravesar otros acueductos, se procederá de modo que no retarde ni acelere el curso de las aguas; prescribiendo el art. 101 de la citada ley que las servidumbres urbanas de acueducto, corral, puente, cloaca, sumidero y demás, establecidas para el servicio público y privado de las poblaciones, edificios, jardines y fábricas, se regirán por las Ordenanzas generales y locales de policía urbana; y las procedentes de contratos privados, que no afecten á las atribuciones de los Cuerpos municipales, se regirán por las leyes comunes.

Indirectamente señala la ley de Aguas, en los números 2.° y 3.° de su art. 86, una medida de precaución que nos parece pertinente apuntar, como una de las de resguardo necesarias, á que alude el precepto que comentamos, ó sea, la de que la servidumbre forzosa de acueducto se constituirá con acequia cubierta cuando lo exijan su profundidad, su contigüidad á habitaciones ó caminos, ó algún otro motivo análogo, á juicio de la autoridad competente, y con cañería ó tubería cuando puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas, cuando las conducidas puedan inficionar á otras ó absorber substancias nocivas ó causar daños á obras ó edificios, y siempre que resulte necesario del expediente que al efecto se forme. Además, por motivos análogos á los que hicimos valer al tratar de los pozos, debe procurarse que los materiales que se empleen en la construcción de los correspondientes cauces, acequias ó cañerías, garanticen suficientemente el peligro de la filtración al predio ajeno, que es precisamente lo que trata de evitarse.

Hornos.—Según Reales órdenes de 22 de Diciembre de 1879 y 13 de Noviembre de 1880, puede considerarse vigente respecto á un extremo de tal materia, la de 19 de Junio de 1861, la cual substancialmente dispone que, en adelante, no podrán establecerse dentro de poblado hornos ó fábricas de cal y yeso, ni á menos distancia de 150 metros de toda habitación; que asimismo no se otorgue autorización para levantar dichos establecimientos

á menor distancia de 50 metros de toda vía férrea ó carretera de primero ó segundo orden, y exigir la más estrecha responsabilidad á los diversos agentes de la Administración que no cuiden de que tales disposiciones tengan fiel y exacto cumplimiento. Y, con arreglo á la segunda expresada Real orden, no pueden aquéllas aplicarse á los hornos construídos antes del 19 de Junio de 1861 y que no han dejado de funcionar, en términos de necesitarse autorización para ello, los cuales, por tanto, no pueden ser removidos conta la voluntad del dueño, sino por causa de utilidad pública y *previa* indemnización. También son pertinentes en su aplicación algunas de las leyes de la Novísima Recopilación anotadas en los *Precedentes legales*. Una sentencia del Tribunal Supremo de 1.° de Abril de 1881 absuelve á un Ayuntamiento por haber acordado la clausura de un horno de cocer pan, relevándose á aquél asimismo del pago de indemnización de perjuicios, porque el dueño del horno no obtuvo licencia para construirle, ni guardó en él las reglas de Policía y seguridad, por lo cual no tenía un derecho perfecto á seguir ejercitando tal industria, ínterin no llenase aquellos requisitos y se ajustase á las Ordenanzas locales, sin que dicho Ayuntamiento le perjudicase en sus derechos civiles, pues no hizo más que usar de sus atribuciones económico-administrativas.

Dicha sentencia está conforme, en cuanto á la doctrina que desenvuelve, con las Reales órdenes de 24 de Octubre de 1871 y 21 de Febrero de 1880, según las cuales, habiéndose construído un horno con autorización del Ayuntamiento, no hay términos hábiles para derribarlo contra la voluntad de su dueño en beneficio del vecindario, sin que preceda la declaración de utilidad pública y la expropiación en la forma y con los requisitos que establecen las leyes. Algunas Ordenanzas municipales previenen que, antes de concederse autorización para establecer hornos ú hornillos, se oiga á los vecinos, á quienes se dará de ello conocimiento por medio de edictos.

Fraguas.—Declaramos aplicables á ellas muchas de las consideraciones legales que acabamos de exponer, puesto que, concretamente, respecto á tales establecimientos nada se ha legislado. Los tratadistas suelen incluir las fundiciones de metales en el grupo de aquellas industrias que, no siendo ordinariamente insalubres, incómodas, peligrosas ni perjudiciales á la comodidad

del vecindario, producen, sin embargo, algunas molestias, y, por lo tanto, sólo puede autorizarse su establecimiento en poblado con ciertas restricciones, quedando sometidas á la vigilancia de la Autoridad local, la cual otorgará la autorización después de cerciorarse por el dictamen pericial que corresponda, que la fragua no puede perjudicar, según la forma de construcción y colocación, á los intereses privados, ni ser peligro de incendio á las propiedades adyacentes, con cuyo motivo exigirá que medie determinada distancia á pared medianera, almacenes de maderas ú otros materiales combustibles.

Siguiendo el criterio que predomina en la legislación francesa, respecto al particular, las Ordenanzas municipales de Madrid, en su Apéndice 2.°, incluye las fundiciones de cobre, latón y bronce, por causa del desprendimiento de humos metálicos que producen, en la tercera categoría de talleres ó manufacturas que pueden colocarse sin peligro en el interior de los pueblos, quedando sometidos á la vigilancia de la Autoridad local, la cual concederá la oportuna licencia con determinadas condiciones que eviten los peligros consiguientes al modo de funcionar dichos establecimientos.

Chimeneas.—A falta de precepto expreso en los Reglamentos y en las Ordenanzas ó usos locales acerca de tal materia, habrá que poner en práctica lo que prevé el párrafo segundo del artículo que comentamos, aconsejando un tratadista de Arquitectura legal que cuando haya que construir hogares ó chimeneas arrimados á muro medianero incombustible, no debe permitirse hacer á éste roza alguna, considerándose de ello responsables á los arquitectos ó maestros de obras que construyeran aquéllos; si el hogar ó chimenea arrimasen á pared medianera ó contigua entramada, no deben de construirse junto á madera, y se reforzará aquella parte por un tabicado doble de fábrica de ladrillo y yeso; en el caso de que, por precisión, haya que hacer tal construcción arrimando á pared entramada, se construirá un contramuro de ladrillo de medio pie de grueso, cubriendo el frente con una plancha de hierro. Los cañones de chimenea deben salir rectos al tejado sin formar codillos y resaltos en los cuales se deposita el hollín y da lugar á muchos incendios; y arrimando á medianería, dominará en su altura á la casa inmediata ó contigua, sin que sea permitido dar salida á los humos por medianerías, calles

públicas, ni aun por los patios, si con ello se incomoda al vecindario.

Establos.—Rige aún hoy, según la Real orden circular de 31 de Diciembre de 1888, el Reglamento publicado por Real orden de 8 de Agosto de 1867, previa audiencia de los Consejos de Estado y Sanidad, y cuyos esenciales principios pertinentes á nuestro objeto son: que no podrán en lo sucesivo abrirse casas de vacas ni cabrerías para la expendición ó suministro de leche, en poblaciones que lleguen á 4.000 habitantes, sin licencia del Alcalde; que, aunque no se prohíbe, por ahora, la apertura de tales establecimientos en el interior de las grandes poblaciones, procurarán no obstante las autoridades municipales favorecer indirectamente la instalación en las afueras ó arrabales; podrán establecerse solamente en edificios que se hallen situados en plazas y plazuelas, en calles cuya anchura no baje de ocho metros, ó en cualquiera otro sitio igualmente espacioso, ventilado y salubre; han de estar situados en crujías interiores con luces á un patio, jardín ú otro paraje descubierto que no baje de cien metros superficiales si las casas que le circunscriben tienen piso tercero, de setenta y cinco si no tuvieren más que piso segundo y de cincuenta si fuesen á la malicia; las Ordenanzas municipales vigentes se acomodarán á este Reglamento en las poblaciones que cuenten cuatro mil ó más habitantes, en cuanto concierne á las casas de vacas y cabrerías, y las autoridades locales de las poblaciones de menor vecindario amoldarán á él, en lo posible, sus bandos y Reglamentos de Policía. Y, por último, estas disposiciones y las demás de la supradicha Real orden de 1867 son aplicables á los establecimientos de burras de leche y á las casas de ovejas, que se considerarán respectivamente en análogas circunstancias que las casas de vacas y cabrerías.

Depósitos de materias corrosivas.—Ningún precepto administrativo general conocemos que legisle sobre este extremo, por lo que debe dejarse á la previsión de las Ordenanzas en cada localidad.

Por lo que se refiere á los artefactos que se muevan por el vapor y fábricas que por sí mismas ó por sus productos sean peligrosas y nocivas (ideas muy genéricas y en las que van envueltos, por tanto, multitud de conceptos), citaremos exclusivamente los que, como ejemplos principales, indiquen, al propio tiempo,

la norma de criterio que la legislación administrativa adoptó para dar cumplimiento á los fines de garantía y vigilancia escrupulosa de los intereses públicos y privados, sin que para ello se desatiendan en lo posible las consideraciones del debido respeto á la especulación industrial y de empresa que las industrias de referencia persigan.

Es materia más propia de las Ordenanzas y usos locales el reglamentar la construcción de los almacenes ó depósitos que contengan substancias de uso peligroso. La Novísima Recopilación únicamente previó y detalló medidas reglamentarias de multitud de industrias, que aun hoy algunas pueden decirse vigentes. Debe, sí, tenerse presente, para nuestro objeto del momento, que es restringida la construcción de estercoleros, depósitos de basuras y toda clase de inmundicias, fábricas de pólvora y materias explosivas, de velas de sebo, de cervezas, de cal y yeso, de teja, de jabón, curtidos y otras análogas, mataderos, cementerios, obradores en que se hagan aligaciones de metales y fósiles que infecten el aire, corrales de cebo de ganado, fabricación de productos químicos, principalmente del ácido nítrico, del albayalde, del litargirio, del minio, de sal amoniaco por medio de la destilación de materias animales, de sulfuros metálicos ó cernido de los mismos en aparatos á propósito para retirar el azufre ó para utilizar el ácido sulfuroso que se desprende de las tenerías, fundiciones á fuego descubierto del sebo en rama, de edificios destinados á recría de animales y depósito de puercos, lazaretos, hospitales, hospicios, depósitos de cadáveres, cárceles, fábricas de cuerdas de instrumentos, máquinas de vapor, y así sucesivamente, por el estilo indicado, siempre que con tales establecimientos ó industrias se produzcan peligro ó perjuicio alguno al vecindario ó á los intereses de una población. Las referidas restricciones varían según cada localidad, en lo que no ha sido objeto de reglamentación general para toda la Nación; pero consisten, por regla general, en petición de licencia á la Autoridad local y concesión de la misma, si el dictamen pericial no es contrario, y procede aceptarle, sujetándose el concesionario á las condiciones de distancia y construcción esmerada, que eviten principalmente daño á las heredades ó edificios vecinos, como dice el final de nuestro art. 590.

La Real orden de 11 de Abril de 1860 dispuso que no hay mo-

tivo bastante fundado para obligar á establecer fuera de las poblaciones las fábricas de aguardientes, las de curtidos y las casas destinadas á la licuación del sebo, ni aun para exigir que las de nueva creación hayan de fundarse fuera de poblado; que se obligue á los dueños de dichos establecimientos á hacer las reformas necesarias para atenuar el peligro de los incendios y á adoptar cuantas disposiciones sean posibles á fin de evitar al vecindario la molestia de los malos olores; que no se permita en adelante fundar establecimiento alguno destinado á la licuación del sebo ú otros cuerpos grasos, á no ser en las afueras de las poblaciones; y que las tenerías y fábricas de aguardiente de nueva creación hayan de estar, bien sea fuera de las poblaciones ó bien en los arrabales de éstas, en edificios convenientemente aislados de los inmediatos.

Según la Real orden de 11 de Enero de 1865, las fábricas de pólvora común ó de fulminantes y de toda clase de substancias explosivas se situarán á distancia, por lo menos, de dos kilómetros de las poblaciones, y á uno, así de los edificios que se hallen fuera del recinto de éstas, como de los caminos públicos, construyéndose con muros del menor grueso posible, constando de un solo piso; su cubierta ó armadura será metálica y dispuesta de modo que á su ligereza reúna la condición de constituir un sistema buen conductor de la electricidad, sirviendo, por lo tanto, de pararrayos, á cuyo fin deberá estar en comunicación con la tierra; las fábricas estarán, lo mismo que los almacenes, rodeados, á distancia de 300 metros, de hitos ó mojones, los cuales llevarán el rótulo de «Fábrica de pólvora»; los depósitos para la venta al por menor de los citados combustibles en las poblaciones, se sujetarán á lo que prevengan las respectivas Ordenanzas municipales y, faltando éstas, á las disposiciones que dicten los Ayuntamientos con la correspondiente aprobación. La Real orden de 7 de Octubre de 1886, aclaratoria en parte de la de 1865, prohibió el fabricar, almacenar, vender ó exponer á la venta pólvora, cartuchos ó substancias explosivas de cualquiera clase, fuera de las fábricas, talleres, almacenes ó depósitos autorizados en forma y con licencia escrita del Alcalde de la localidad, conservándose la substancia explosiva en paquetes debidamente acondicionados; y enumera diversidad de precauciones acertadas que se encaminan al fin que puede suponerse, exigiéndose que la dinamita no podrá conservarse ni ser

puesta á la venta más que en cartuchos cubiertos de papel, pergamino ú otra materia análoga y sin pistones, cebos ni ningún otro medio de explosión ó inflamación. Por Real orden de 14 de Julio de 1894, dictada por el Ministerio de Fomento, se señalan análogas medidas de precaución, tratándose del almacenaje de pólvora y materias explosivas en las estaciones de ferrocarriles.

La ley de 24 de Julio de 1873 ordena que desde su promulgación no se construirá ninguna fábrica, taller, fundición ó mina en que hayan de ser admitidos al trabajo niños y niñas menores de diez años, sin que los correspondientes planos hayan sido presentados al examen de un Jurado mixto de obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos, bajo la presidencia del Juez municipal, y cuyos planos han de obtener necesariamente la aprobación de dicho Jurado, respecto solamente á las precauciones indispensables de higiene y seguridad de los obreros. Y la Real orden de 8 de Enero de 1884, entre otros extremos, preceptúa que, al resolverse los expedientes de planteamiento y desarrollo de industrias útiles, no se pongan por las Autoridades correspondientes más obstáculos que los establecidos por las mismas leyes, dejando á salvo los derechos de los particulares y Corporaciones que justifiquen perjuicios reales y positivos, como el detrimento notorio y la consiguiente depreciación que experimenten las propiedades rústicas ó urbanas limítrofes al establecimiento industrial ó á las obras que los dueños de éste ejecuten próximas al mismo; prohibiéndose la instalación de dichos establecimientos dentro de las poblaciones cuando la industria pueda perjudicar á la salud pública, cuando haya peligro de incendio y cuando leyes anteriores taxativamente lo prohibiesen; pero no podrá impedirse la de los que se abran fuera de las poblaciones con las garantías y precauciones debidas. De la Real orden de 16 de Febrero de 1881 asimismo se desprende que los dueños de fábricas deben solicitar permiso del Ayuntamiento para hacer obras en aquéllas, aunque afecten sólo á su interior, pero no habrán de oponerse tales Corporaciones á la realización de las que no limiten exclusivamente sus facultades de evitar, por la adopción de reglas oportunas, el que se produzcan peligros é inconvenientes.

Por lo que se refiere á mataderos, consúltense el Reglamento de 24 de Febrero de 1859, la circular de 25 de Marzo de 1866 y

la Real orden de 10 de Abril de 1889, entre otras disposiciones ministeriales que existen sobre el particular.

La Real orden de 16 de Julio de 1888, reformando la de 17 de Febrero de 1886, dispone que no se dará curso por la Autoridad superior de la provincia á ningún proyecto de construcción de cementerios, si el lugar propuesto para emplazarlo no dista cuando menos dos kilómetros de la última casa de la población, en el caso de que ésta sea ó exceda de 20.000 habitantes; en las de menos vecindario podrán construirse á 1.000 metros de distancia si el censo no es menor de 5.000 habitantes, y si lo fuese á 500 metros; se dictan además otras muchas medidas de precaución en favor de la higiene y salubridad públicas.

En cuanto á lazaretos, véase el Reglamento orgánico provisional de 12 de Junio de 1887; y sobre hospitales, la Real orden de 8 de Julio de 1853 y Real decreto de 27 de Enero de 1885. El de 22 de Septiembre de 1889 expresa, en substancia para nuestro objeto, que serán condiciones negativas para la reedificación ó habilitación de las cárceles y Establecimientos penales (á los cuales se equiparan por el art. 8.° los manicomios judiciales en tal extremo y otros de la arquitectura penitenciaria), el que el edificio se halle en punto céntrico de las poblaciones, que tenga medianerías con edificios oficiales ó particulares y que esté emplazado en un sitio reconocidamente insalubre.

Como prueba de la efectividad de todas las disposiciones que venimos anotando en este comentario, y según la misma legislación común, tenemos en nuestro propio Código civil los artículos 1.908 y 1.909, que declaran la responsabilidad civil de los propietarios por los daños que causen con la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de substancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado; por los humos excesivos que sean nocivos á las personas ó á las propiedades y por las emanaciones de cloacas ó depósitos de materias infectantes, construídas sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen: El tercero que sufra el daño podrá repetir contra el arquitecto ó constructor, en el plazo legal, si se produjo dicho daño por defecto de construcción. Y el Código penal, en su artículo 601, castiga con la pena de 25 á 75 pesetas de multa á los que contravinieren á las reglas establecidas para evitar la propa-

gación del fuego en las máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas ú otros lugares semejantes, ó construyeran esos objetos con infracción de los Reglamentos, Ordenanzas ó bandos, ó dejaren de limpiarlos ó cuidarlos con peligro de incendio; los que infringieren las reglas de seguridad concernientes al depósito de materiales, apertura de pozos ó excavaciones y los que infringieren los Reglamentos, Ordenanzas ó bandos de la Autoridad sobre elaboración y custodia de materias inflamables ó corrosivas ó productos químicos que puedan causar estragos.

En el Derecho foral, lo más característico y principal lo encontramos en Cataluña, donde, según las *Ordinaciones de Sanctacilia,* si alguno hiciere letrina cerca de la pared de su vecino, debe hacer un revestimiento ó contrapared de piedra y argamasa de un palmo y medio, tan alto como subirán la inmundicia y el agua de la letrina; nadie puede afirmar telares de tejer ninguna especie de ropa de lana, ni de lino, ni de cáñamo, ni de algodón, en pared que sea medianera con su vecino, antes bien debe alejarse un palmo para que el golpe de los telares no hiera dicha pared; cualquiera puede hacer pozo cerca de la pared de su vecino, alejándose de los cimientos dos palmos de *destre,* y hacer horno para cocer ollas en la misma forma, alejándose de la pared tres palmos y haciendo en aquellos tres palmos otra pared; y cualquiera que conduzca agua por el pie de la pared de su vecino, para regar algunos predios, debe hacer una hilada de piedra y argamasa al borde de la pared por donde el agua pasará, y más alta que por el agua, de modo que las paredes no puedan destruirse. Ténganse presentes, sobre tales particulares, las disposiciones administrativas de carácter general que, como es natural, los han derogado, siempre que no lo exceptúe la índole de Derecho civil de las primeras.

Por último, la frase escrita al principio de nuestro art. 590 de que la pared ha de ser ajena ó medianera se entiende en el sentido de que posean y disfruten aquélla, tanto personas extrañas á los dueños de las obras de cuya construcción se trata, como éstos mismos en mancomunidad con otras que para nada intervengan en tal construcción, ni les pertenezca en modo alguno; porque, habiendo nosotros equiparado la medianería á un caso de comunidad de bienes, según lo que el mismo art. 579 da á entender, es obvio y legal, con arreglo al 394, que un copartícipe,

como lo sería en el segundo caso anterior que distinguimos el constructor del pozo, cloaca, etc., no puede servirse de las cosas comunes (la pared medianera) de modo que perjudique el interés de los otros dueños, ajenos á las obras ó construcciones referidas.

ART. 591. No se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino á la distancia autorizada por las ordenanzas ó la costumbre del lugar, y en su defecto, á la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y á la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren á menor distancia de su heredad.

Concordancias.—Análogo al art. 526 del proyecto de Código de 1851 y al 598 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tít. XXXII, ley 12.* Paredes flacas, e arboles grandes mal raygados, son á las vegadas cerca de heredades, o de casas agenas, que se temen los vezinos que si cayeren, que les faran daño. Onde dezimos, que si tal querella como esta viniere delante del judgador, que deue tomar algunos omes buenos, que sean sabidores destas cosas atales, e ver si estan mal paradas, que puedan ayna caer, e fazer daño; e si lo fallaren, assi, deuelos fazer cortar e derribar.

ART. 592. Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho á reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si

fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.

Concordancias.—Igual al art. 527 del proyecto de Código de 1851 y al 569 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*(Véanse los anteriores.)*—*Libro V, título III, ley 12 del Fuero Viejo de Castilla.*—Si un ome a arboles en viñas o en guerta, o en otra eredat, e los arboles crecen tanto, que las ramas pasan a otra eredat agena, si el dueño de la eredat quisier tomar la meitat de la fruta que sagudier, e en la sua eredat cayer puede tomar la meitat de la fruta que en sua eredat cayer, e si quisier tajar las ramas, que estan sobre sua eredat, puedel facer desta guisa; tomar una bestia enalbardada, e subir en ella los finojos fincados, e tomar una asegur e pararse entre amas las heredades, e tajar quanto alcançar con la segur.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 43.— .. Otrosi dezimos, que si algun ome plantasse algun arbol en su heredad, e despues que lo ouiesse y plantado, se estendiessen las rayces de que se nodreziesse, estan todas en ella; este gana el señorio del arbol: maguer las ramas del arbol sobre la heredad de esten aquel que lo planto. Empero si parte de las rayces principales del arbol estouiessen en la heredad de aquel que lo planto, e la otra parte en la del otro que estouiesse cerca della; entonce deue el arbol ser comunal de ambos a dos.

Partida 7.ª, tit. XV, ley 28.—... Pero si algun ome ouiere arbol que fuere raygado en su tierra, e las ramas del colgassen sobre la casa de otro su vezino, entonce aquel sobre cuya casa cuelgan, puede pedir al Judgador del lugar, que mande al otro que lo corten fasta en las rayces, porque le daña a la casa colgando sobre ella; e el Judgador deuelo ver, e si entendiere que faze daño, deuelo mandar cortar, e si el otro non lo quisiere fazer, despues que lo mandare el Juez puedelo cortar aquel sobre cuya casa cuelgan las ramas, e non caera porende en pena ninguna; Otrosi dezimos que si el arbol, o la vid, estouiessen raygados en huerto, o en tierra, de uno e colgasen las ramas sobre la

heredad de otro, de aquel sobre cuya heredad colgaren, puede demandar al Juez, que mande cortar las ramas que cuelgan sobre su heredad, de que rescibiesse daño; e si el otro non lo quisiesse fazer por mandado del Juez, puedelo el por si mismo cortar, e non cae por ende en pena ninguna. Esso mismo dezimos que deue ser guardado quando la figuera o algund arbol, colgase sobre la carrera publica, de manera, que los omes non pudiessen passar por y desembargadamente; que cualquier que cortasse las ramas que assi colgassen, non deue auer por ende pena ninguna.

Partida 7.ª, tit. XXXIV, regla 3.ª—Otrosi dixeron, que non son contados por bienes, aquellos por quien viene e ome mas daño, que pro.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 591 Y 592.—Hállanse grandemente relacionados los dos preceptos transcritos de nuestro Código, en cuanto que ambos, por muy análogos motivos, garantizan la integridad del predio rústico ó urbano contiguo á árboles altos ó bajos. En efecto, la ciencia agrícola enseña que el vegetal se alimenta y recibe su savia de la madre tierra, absorbiendo los jugos nutritivos que ésta, mediante el abono, riego ó condiciones naturales del terreno le proporciona; y claro es que esta necesidad, insustituíble para el vegetal, como lo es para el ser racional la de la nutrición, se ha de satisfacer con mayor imperio y en mayor cantidad tratándose de plantaciones de más grande crecimiento y capacidad, para lo cual se requiere que el manantial de tales alimentos, digámoslo así, sea más abundante, y más extensa, por tanto, la porción de terreno donde aquéllos se producen ó crían. Por esto, los artículos 591 y 592 no mencionan para nada las plantas que no puedan llamarse ni árboles ni arbustos. La extensión de sus raíces y el desparramamiento de sus ramas seguramente no ha de originar intrusión en el predio contiguo, por cuya razón importa poco que se las haga nacer aun en las mismas lindes de las heredades. Y para evitar, en lo posible, el tener que llevar á cumplido efecto lo que se dispone en el segundo de dichos preceptos, se ha dictado el primero, aunque no sea éste el único propósito del legislador, y ya sobre el particular emitiremos oportunamente nuestra opinión.

La restricción del art. 591 es una servidumbre negativa, porque consiste en la prohibición de plantar á menor distancia de la

legal; es una limitación de un uso de la cosa propia, siendo su fundamento evitar que el árbol se nutra del suelo ajeno.

La del art. 592 envolverá una servidumbre en el sentido de obligar al propietario á hacer algo por sí mismo (cortar las ramas), pero no en el genuíno, como dijimos en el art. 586, respecto de la construcción de la vertiente de tejados. Al impedir que el árbol plantado en un fundo introduzca sus raíces ó extienda sus ramas por el suelo ó el espacio ajeno respectivamente, no hay limitación alguna en el rigor crítico, porque con eso no se le restringe ni coarta derecho dominal alguno, y sólo se evita la intrusión en el predio ajeno. Cuando cada propietario disfruta libremente de su propiedad, y sólo se le impide que use de algún modo específico de la ajena, no hay servidumbre. Ésta, decimos una vez más, nace cuando una persona usa de su propiedad y de otra ó puede impedir al dueño de ella el ejercicio de un uso; la servidumbre es siempre, cuantitativamente expresada, la propiedad de una cosa y un uso de otra, ó el derecho de prohibir un uso de ella.

Al regular el Código una facultad del orden privado, por incidencia contribuye también á favorecer las indudables ventajas del arbolado, que las disposiciones administrativas y de carácter local están llamadas más especialmente á fomentar, porque, según afirma un escritor español, con elegancia, es el árbol el término más elevado y perfecto de la vida vegetal, aventajando á todas las demás plantas en altura, en su majestuoso porte, en el vigor y abundancia de sus jugos vitales, en su duración, en el conjunto de todas sus partes, y en la gran utilidad que bajo todos conceptos presta.

Procediéndose en adelante cual ordena el art. 591, se evita el tener que adoptar, por imperio de la ley, las medidas que son consecuencia del incumplimiento de la misma, según la expresada disposición enunciada en su segunda parte, y más especialmente el artículo que sigue; pareciéndonos más aceptable tal criterio que el adoptado por el Código portugués, cuyo art. 2.317 declara lícita la plantación de árboles ó arbustos á cualquier distancia de la línea divisoria que separe del predio colindante aquel en que se hiciere la plantación; pero el dueño del otro predio puede arrancar y cortar las raíces que se introduzcan en su terreno y las ramas que pendieren sobre él, mientras no traspase la línea divisoria

referida, si el dueño del árbol, avisado oportunamente, no lo hubiera hecho en el término de tres días. En efecto, es siempre preferible el prevenir al corregir, y aunque, según diremos, sea opinable la procedencia de aplicación del art. 592 independientemente del 591, no ocurrirá con tanta frecuencia la necesidad de cortar las ramas ó raíces, de plantarse el árbol á la distancia marcada por los Reglamentos ó el Código, y se salvarán así los peligros de una diversa interpretación de ambos en los Tribunales, dándose, con todo ello, mayor facilidad á la repoblación del arbolado, que, según se expresa en el bien escrito prólogo del Real decreto de 12 de Septiembre de 1888, ejerce influencia en el clima, en la higiene y en la distribución de las aguas, contribuyendo á la formación de nubes, metodizando las lluvias, conservando los manantiales y fuentes, regularizando el curso de los ríos, manteniendo la cohesión del terreno por la oposición que hace á la destrucción de la capa vegetal, y estorbando los estragos de la violencia de los vientos; y hasta la diseminación de especies arbóreas en pequeños grupos y aun los árboles aislados contribuyen á aumentar la humedad del aire, atenuándose los efectos de las sequías y haciendo á la agricultura menos necesario el riego artificial.

En cuanto á la inteligencia de las frases «árbol» y «heredad ajena», con que comienza el citado primer artículo, atengámonos á la definición que da el Diccionario de la Academia Española, diciendo del árbol que es planta perenne de tronco leñoso y elevado, que se ramifica á mayor ó menor altura del suelo; idea más ó menos conforme con la que la Agricultura expone; y el Código ya sabemos que en sus artículos 334 (núm. 4.°) y 335 conceptúa á los árboles como bienes inmuebles mientras formen parte integrante de éstos ó se hallen unidos á la tierra, y muebles cuando queden separados de ella; dando aquí por reproducidas las consideraciones que en anteriores comentarios adujimos al considerar como heredad ajena, tanto la que verdaderamente lo es, correspondiendo por entero á extraña persona, como la que pertenece en mancomunidad á tercera persona y á la que vierta su tejado, construya pozo, acueducto, etc., ó plante árboles.

Aprobamos la decisión del legislador por haber señalado las distancias de plantación de árboles, ya que no es corriente ver

previsto tal particular en las Ordenanzas locales, al menos en las que nosotros hemos examinado, aunque siempre sería racional y acertado el recurso del dictamen pericial, que ignoramos por qué no se consignó en el art. 591, cuando había de resolver con mayor exactitud seguramente todas las diversas contingencias á que se prestan las distintas naturaleza y necesidades de las múltiples especies arbóreas altas y bajas. La anterior edición del Código civil señalaba las distancias de tres y dos metros respectivamente, tratándose de árboles altos ó de arbustos, siguiendo en este extremo al proyecto de 1882, excepto en la segunda clase de árboles, á los que el último fijaba la distancia de un metro; pero en la Exposición de motivos de la edición novísima, que hoy rige y comentamos, se hace constar que dichas distancias hubieron de parecer excesivas y no bastante justificadas á los que creían que con otras mucho menores no sufriría tampoco *usurpación* ni perjuicios el dominio ajeno. Adviértase cómo la Sección de Codificación, que emite la expresada idea, y por boca de eminentes jurisconsultos, afirma que el art. 591 trata de evitar, ante todo, una *usurpación* en el dominio ajeno, concepto que anteriormente consignamos con la insignificancia de nuestra opinión, sin recordar aún la referida y mucho más autorizada.

No es el Código español el que más extrema la cantidad de las mencionadas distancias, pues examinando la legislación extranjera respecto á tal particular, se observa que aquél marcha de acuerdo con los Códigos que menor cantidad marcan, como son los francés (art. 671), mejicano (1.124), boliviano (552) y guatemalteco (1.269).

Lo que estimamos sumamente arbitrario y de apreciación relativa es la distinción entre árboles altos y bajos, que ni aun la misma Agricultura establece, ni puede establecerse con exactitud para todas las especies arbóreas que existan y puedan conocerse. Porque lo que uno juzgue como árbol alto, le parecerá al convecino bajo, comparándolo con otro que conozca de mayor altura. Las dudas han de ser, pues, muy posibles en cada caso, y únicamente aconsejamos se resuelvan con prudencia por parte de todos los interesados, interpretando benignamente el art. 591 y en favor del plantador, porque él es quien sufre las restricciones, y cuando sea no muy fácil y apreciable la diferencia entre el árbol ó arbusto, porque son de aplicar entonces las máximas de inter-

pretación: *favores sunt amplianda; odia sunt restringenda; libertas omnibus rebus favorabilior est.*

El Código italiano (art. 579) señala una clasificación de árboles en de alta copa, de no alta copa, arbustos y otros, la cual no encontramos nosotros inconveniente en aconsejar que se siga, en lo posible, al aplicar nuestro art. 591, equiparando los dos primeros términos expresados al de árboles altos y el tercero al de su igual nombre en el Código español. Considera al efecto el legislador italiano, árboles de copa alta aquellos cuyo tronco se eleva á una altura notable, como los nogales, castaños, encinas, pinos, cipreses, olmos, álamos, plátanos y otros semejantes, como las acacias y los morales de la China; se reputan no de alta copa aquellos cuyo tronco se eleva á una altura poco considerable, dividiéndose en ramas, como los perales, manzanos, cerezos y, en general, árboles frutales de los no designados anteriormente, así como también los morales, sauces, acacias para sombras y otros semejantes; y ocupan el tercer lugar de la clasificación los arbustos, arboles frutales de pequeña alzada ó que sirvan de espaldares, y cuya altura no pase de dos metros y medio, viñas, morales enanos, malezas formadas de alisos, castaños ú otros árboles semejantes que se cortan periódicamente junto al tronco.

En Cataluña, los álamos, sauces, nogales y demás árboles que alcanzan más de 43 y medio palmos del país, no pueden plantarse en campo, viña ó huerta sino á la distancia de unos 14 palmos de la heredad contigua; todo otro árbol que se plante debe de estar situado á tal distancia del predio vecino, que cuando haya alcanzado su completo desarrollo, no traspase la de unos siete palmos, pues de lo contrario, podrá exigir el colindante que sea arrancado. Los olivos y árboles frutales, á excepción de la higuera, no pueden estar plantados sino á nueve pies de distancia, pero si se plantan á la orilla del agua, es bastante un pie. Los árboles silvestres, excepto el olivo, deben distar 30 pies del fundo vecino, y si distando más causaren daño, su propietario podrá pedir indemnización, previo el examen de peritos. *(Véase las Ordinaciones de Sanctacilia.)*

En Vizcaya ningún roble ni castaño puede plantarse ni estar cerca de heredad de otro que se labre á menos de doce brazas de distancia de aquélla, los nogales á seis brazas, y los manzanos, perales, nísperos, higueras, duraznos y otros frutales menu-

dos, á braza y media, pues los árboles de tales clases que estuvieran más cerca serán cortados á requerimiento del dueño de la heredad vecina, á no ser cuando llevaren plantados tanto tiempo que los antecesores del reclamante nunca lo pidieran y los plantadores de los árboles hubieran fallecido; pero entonces el dueño de éstos habrá de limpiarlos al compás y medida con cordel, de las partes donde esté la heredad que perjudican; si un árbol cae sobre heredad de pan llevar, viñas, manzanal, huerta ó casa, con gran perjuicio de su dueño y escaso provecho del que lo sea del árbol, el Juez lo mandará cortar ó limpiar, siendo esa la opinión de tres hombres buenos. Por lo demás, en las inmediaciones de edificio no se puede plantar á menos distancia de 30 pies. Así todo se deduce de lo dispuesto en la *ley 5.ª, título XXV del Fuero de Vizcaya.*

Claro es que tales preceptos del Derecho foral rigen hoy en los respectivos países, á pesar de lo que estatuye el Código que comentamos, porque si éste otorga preferencia en cuanto al particular que regula á las Ordenanzas ó costumbre del lugar, con más motivo ha de reconocerla al que es ante todo Derecho civil privilegiado y respetado, y sobre materias que no deben de entenderse sujetas á legislación unitaria y general.

Las disposiciones restrictivas sobre plantación de árboles cerca de heredades ajenas han sido de todos tiempos y compilaciones legales. En el Derecho romano y en las Siete Partidas y Fuero Viejo de Castilla se previó, no solamente el caso que examinamos, si que también el de á quién pertenecen los frutos que de un árbol plantado en las condiciones á que venimos refiriéndonos procedan, y además el de propiedad del mismo, la cual se declara del dueño del predio al que se hayan extendido las raíces, y si éstas se desparramaron indistintamente á las dos heredades contiguas, de los propietarios de las mismas, comunalmente; estableciendo el Fuero Viejo un procedimiento ingenioso para el aprovechamiento del árbol por parte del dueño de la finca hacia donde se extendieran las ramas y raíces, ó sea autorizándole para que se suba en una bestia enalbardada y de rodillas en ella, en la línea divisoria de los predios, cortar con una segur todos los frutos y ramas que pudiera alcanzar en dicha forma y apropiárselos para sí; cuestiones ambas, la de propiedad del árbol y la de los frutos, que hoy día no han de producirse, ó

al menos, en tal sentido; porque si bien nuestro art. 591 tiene precedentes, según dijimos, no son de literal significación, sino simplemente de analogía, por lo que debemos considerarle comprensivo de doctrina nueva en la forma.

Hoy, pues, las expresadas cuestiones habrán de resolverse por los principios generales de accesión de bienes inmuebles, que quedan ya explicados por la segunda parte del referido artículo, con relación á los árboles que se planten después del 1.º de Mayo de 1889, en que empezó á regir el Código civil, y por los artículos 592 y 593. Ya se dice con bastante claridad en la citada segunda parte que la doctrina de plantación restringida de árboles empezará á ponerse en práctica para lo sucesivo. Ahora, en cuanto á los árboles que ya con anterioridad se hubieren plantado, habremos de aplicar la legislación expresada de Partidas, interpretada por la jurisprudencia. Consideraciones son éstas que guardan plena conformidad con la 1.ª y 3.ª disposiciones transitorias del Código, según las cuales, se regirán por la legislacion anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo; y las disposiciones de aquel que sancionan con penalidad civil ó privación de derechos, actos ú omisiones que carecieran de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiere incurrido en la omisión ó ejecutado el acto prohibido por el Código.

Y ¿cómo conseguirá el dueño perjudicado lo que se le permite en el último párrafo del art. 591? Pues si voluntariamente á ello no accede el propietario del árbol, aunque no se hubiesen extendido todavía sus ramas ó raíces al fundo adyacente, deberá el dueño de éste reclamar ante el Tribunal correspondiente, por la acción de interdicto de retener ó recobrar la posesión del derecho que le confiere dicho precepto al autorizarle para reclamar la destrucción del árbol plantado á menor distancia de su heredad de la fijada por la ley.

Ya sabemos la prohibición de plantar árboles dentro del espacio que comprende la llamada zona de servicio militar frente á las fortalezas y plazas fuertes. Pues bien: también existe igual prohibición de hacer plantaciones, como siembras, cercas, zanjas ú otras obras ó labores que embaracen el uso del camino de sirga (para el servicio de la navegación y flotación fluvial), aunque el

dueño del terreno podrá, no obstante, aprovecharse exclusivamente de las leñas bajas ó hierbas que naturalmente se crien en él; así se dispone en el art. 118 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879. Tratándose de carreteras, por el contrario, y con el fin sin duda de favorecer la cohesión del terreno lindante con ellas, el art. 4.° del Reglamento de conservación y policía, fecha 19 de Enero de 1867, prohíbe sin licencia de la autoridad local y previo conocimiento del ingeniero encargado, la corta de árboles situados á menos de 25 metros de la carretera, y en manera alguna el arrancar raíces que impidan la caída de tierras; los contraventores costearán las obras necesarias para evitar daños ulteriores. El Reglamento de 8 de Septiembre de 1878 para la ejecución de la ley de policía de ferrocarriles, en el párrafo segundo de su artículo 7.° prohíbe asimismo á los dueños ó arrendatarios de las heredades lindantes con los caminos de hierro, cortar árboles en la zona de 20 metros á uno y otro lado de ellos, sin previa licencia de la autoridad local y el reconocimiento de la inspección facultativa. Y así sucede por analogía, con otros servicios públicos de reconocida importancia, como puede comprobarse examinando la legislación administrativa con respecto á cada uno de aquéllos.

Aunque por la comparación de los artículos 591 y 592 parecen contraponerse las palabras «heredad, jardines y patios», hasta el punto de que la lógica gramatical induciría á suponer que las últimas no estaban comprendidas en el alcance del primer precepto, creemos opinión más ajustada á Derecho, por ser la que más conforma con la significación de aquél, que la idea de heredad, á que el mismo alude, es genérica y abarca tanto las rústicas como las urbanas, en general, de cualquier clase que sean. El legislador ha padecido, sin duda alguna, un descuido de redacción, principalmente en el segundo de dichos artículos, que induce á errónea inteligencia del primero, porque ni sería lógico excluir de la plantación restringida, á árboles que lindaran con jardines ó patios, ya que precisamente más en favor de los predios rústicos se ha prescrito aquélla, ni se obedecería el propósito del legislador, exceptuando, por ejemplo, á los edificios de la utilidad que á sus dueños reporta el que no puedan plantarse árboles adyacentes á la pared divisoria, ó muy próximos á ella, porque el desparramamiento de las raíces é invasión de las ramas,

principalmente la fuerza expansiva del crecimiento de las primeras, podrían llegar hasta comprometer la solidez de una construcción, y las segundas, por lo menos, con su extensión, darían lugar á perjuicios y molestias en los edificios y á sus propietarios ó moradores, que el Derecho no puede obligarles que soporten, á no ser que en ello libremente convengan con el plantador ó plantadores del árbol.

Nuestro Código no autoriza, al parecer, el que el árbol se arranque, si se halla plantado á la distancia que determina el art. 591, cuando resulte evidente el daño que causa, como hacen los artículos 1.125 y 1.270 respectivamente de los Códigos de Méjico y Guatemala, porque, conociendo el legislador español, como seguramente conoció, tan expresivos precedentes, no quiso, al parecer, comprenderlos en la disposición que estudiamos. Y aplaudimos por ello su proceder, pues ya diremos más adelante cómo, á pesar de todo, no quedan sin garantir los intereses del predio adyacente que sufra el perjuicio.

Examinando cuidadosamente los dos artículos 591 y 592, y fijándose en la particularidad de que el segundo se ha dictado con numeración distinta del primero, podemos afirmar, con fundamentos que luego desenvolveremos, que el 592 prevé contingencias y las regula con completa independencia del 591. En efecto: continuamos estimando que éste persigue el fin, además de evitar la invasión en suelo ajeno de una plantación de árboles ó arbustos, de asegurar la vida de éstos, no tanto para evitar que el propietario limítrofe tenga motivo para ejercitar la facultad que le concede el último apartado de dicho art. 591, como para dar á tales vegetales suficiente base de alimentación dentro solamente del predio del plantador. Por otra parte, juzgamos que el legislador debió tener en cuenta las enseñanzas agrícolas respecto á los casos más corrientes de extensión de ramas y de raíces en los árboles; pero dichas enseñanzas pueden fallar en alguna ocasión, pues no son matemáticas, ya por un desusado desarrollo espontáneo del vegetal, ya por el que produzca un nuevo sistema de poda ó injertos, ya por un caso de extraordinaria riqueza ó vigor del terreno, etc.; y justo es que entonces el dueño vecino no haya de sufrir perjuicios de que no es causante; y cuando no indemnización por los daños que podrían producirle las ramas ó árboles, por lo menos que se le otorgue facultad de remediar por sí mismo,

ó á virtud de reclamación, tales hechos. Si otra fuere la interpretación de los artículos 591 y 592, éste formaría parte de aquél, ó por lo menos estaría con él relacionado con alguna locución gramatical que lo iniciase, como la de «también», «á su elección», «no obstante lo dicho», etc.

De modo que, aun siendo el mismo el fundamento que explica dichos preceptos, sus prescripciones han de ejecutarse aisladamente y según ocurran los casos que prevén; si el árbol se planta á menos de dos metros ó 50 centímetros de la heredad vecina, el propietario de ésta queda autorizado para pedir que se arranque, pero no cuando se hayan respetado tales distancias. Aun guardadas éstas, y *en todo caso,* por tanto, si las ramas ó raíces penetran en el fundo colindante, cabrá el ejercicio de los recursos de hacer desaparecer aquéllas en la forma que se determina en el art. 592, ya que no pueda arrancarse el árbol como medida más radical. De otra suerte, el plantar los árboles á la distancia legal legitimaría todos los hechos que quisiera realizar su dueño en ellos, dándoles otra forma, mayor extensión, injerto distinto, ó cultivo diverso, etc., que produjera la invasión del vegetal en propiedad ajena, con evidente perjuicio de la misma. Y tan lógicos somos en nuestra opinión, que, por análogos razonamientos á los apuntados, creemos que el art. 592 debe de aplicarse aun respecto de los árboles plantados antes del 1.° de Mayo de 1889, en que empezó á regir el Código; y no sólo porque tal precepto no establece legislación nueva sobre el particular que regula (en cuyo caso procedería aplicar una de las reglas del Derecho transitorio, existiendo, como existe, perjuicio de tercero), pues las Partidas comprenden disposiciones virtualmente iguales, sino porque dicho art. 592 no hace la salvedad que el 591 prevé en su segunda parte para las plantaciones de árboles que se verifiquen en adelante á menor distancia de la fijada. Todo lo cual prueba que el legislador estableció la prescripción del art. 592 con entera independencia de lo que en el precedente dispusiera.

Las *Instituciones* del Emperador Justiniano, en el *párrafo 31 del tit. I y libro II,* ordenaban que si un árbol del vecino está tan inmediato á la heredad de Ticio que echa en ella sus raíces, el árbol se hace propiedad de éste, porque la razón no permite que pertenezca más que á aquel en cuyo terreno se hubiese arraigado. Éste es el mismo sentido de la ley 43 de Partida, anotada en los

Precedentes legales. Ya queda dicho más atrás lo que procedería tener en cuenta hoy en nuestro Derecho respecto á tal extremo. En cuanto á las ramas que cuelgan sobre fundo ajeno, puede comprobarse que la legislación del Rey Sabio conviene en el fondo con la que hoy rige y estamos explicando.

Lo relativo á las ramas y raíces que salgan á cualquier parte de la vía pública, las Ordenanzas ó usos locales se encargarán de reglamentarlo. El art. 119 de la ley de Aguas vigente dispone que las ramas de los árboles que ofrezcan algún obstáculo á la navegación ó flotación y al camino de sirga serán cortadas á conveniente altura. Según los artículos 15 y 17 del antes citado Reglamento de conservación y policía de carreteras de 1867, los Alcaldes cuidarán, en sus respectivos términos jurisdiccionales, de que el camino y sus márgenes estén desembarazados y sin nada que obstruya el tránsito, especialmente en las travesías de los pueblos, y las plantas y setos de cualquier género con que estén cercados los campos y heredades lindantes con el camino, deberán estar cortados de modo que no lleguen hasta él. El número 3.° del también mencionado art. 7.° del Reglamento de policía de ferrocarriles de 1878, prohíbe á los dueños ó arrendatarios de las heredades lindantes con los ferrocarriles, arrancar raíces y remover la tierra en los declives y terrenos contiguos á la vía, que produzcan desgajes sobre ella, y directa ó indirectamente puedan obstruir ó embarazar su tránsito, pues las obras necesarias para reparar estos daños se ejecutarán á costa de los contraventores, sin perjuicio de las penas en que hubiesen incurrido.

Según el art. 151 de las Ordenanzas de Montes de 1833, los propietarios colindantes no podrán cortar las ramas ó las raíces de los árboles que estén en las lindes del monte, aunque las extiendan dentro de su propiedad, si el árbol tiene ya más de treinta años, y teniendo menos edad, tampoco, sino á 10 varas del tronco lo menos, y con la licencia de la autoridad competente, bajo multa.

En Cataluña, de todo olivo plantado desde treinta años y que esté echado á plomo sobre el predio de su vecino, si éste lo pidiere, deben cortarse, desde lo más alto á plomo, todas las ramas y raíces que tocaran, y tanto como pueden tocar al predio del requirente en seis palmos de *destre* desde el término divisorio ó derecho de la misma posesión; y si alguno tuviese álamo, al-

mezo, noga! ó cosa que haga escalera ó subidero, sea arrancado ó cortado del todo, y sean cortadas las ramas donde alguno se pudiera poner ó por donde pudiese subir. *(Véanse las Ordinaciozas de Sanctacilia 32 y 33 de la primera parte.)*

Según el Fuero de Navarra, si el dueño del predio no ha hecho reclamación con motivo de las ramas que van en dirección de aquél, puede hacer suyos los frutos que caigan en tal predio, y aun los pendientes. Esta misma cuestión, propuesta según el contexto del art. 527 del proyecto de Código de 1851, igual, como ya sabemos, al que comentamos, la resuelve acertadamente el jurisconsulto Goyena en sentido contrario al expresado Fuero, acogiéndose al sentido de la *ley única, tit. XVIII, libro XLIII del Digesto,* que también la da solución negativa; dicho jurisconsulto hace sólo la salvedad de que pueda existir costumbre legítima opuesta.

Damos en esta ocasión por reproducida la idea expuesta al tratar de las plantaciones de árboles, según la que el dueño de éstos puede prescribir por el lapso de tiempo la servidumbre de que las ramas y raíces de aquéllos invadan suelo y cielo ajenos, siendo éstos de dominio privado; pareciéndonos muy digna de suscribir la opinión autorizada del eminente Laurent, contra la de otros muchos jurisconsultos que niegan la posibilidad de tal servidumbre.

Debemos hacer mérito de la misteriosa razón por la que el legislador español ha establecido en el art. 592 tan diverso procedimiento para los dos casos en que el dueño perjudicado por las ramas ó raíces del árbol colindante puede ejercitar el derecho que se le otorga. Tratándose de las ramas, ha de reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y en cambio, las raíces puede cortarlas por sí mismo también en cuanto avancen sobre aquélla. Adopta sobre el particular nuestro Código el criterio más avanzado; pues hasta las mismas legislaciones civiles de Guatemala y Méjico (artículos 1.271 y 1.126 respectivamente), en las que más frecuentemente acostumbra á inspirarse el primero, ponen una cortapisa á la mencionada facultad del dueño vecino cuando se trata de la corta de raíces, lo que hará él mismo, poniéndolo antes en conocimiento del propietario del árbol. Y el Código portugués, que establece la libertad de plantaciones á cualquier distancia de la línea divisoria, según ya dijo-

mos, da al expresado propietario del árbol tres días de término, después del en que se le avisase, para que corte las ramas y raíces que se introduzcan en terreno de otro. La misma legislación de Partidas no llega tampoco al extremo de nuestro Código, ya que preceptúa la denuncia al juzgador del hecho de la invasión de raíces y ramas, antes que ningún otro trámite; y sólo después que el dueño de las plantaciones no ejecutase las órdenes de dicha Autoridad, puede el otro propietario ejecutarlas por sí mismo. El artículo que comentamos sigue al pie de la letra el sistema de los Códigos francés é italiano (artículos 672 y 582 respectivamente); no convenciéndonos los razonamientos que, en apoyo del mismo, expone un tratadista español, según el cual, el dueño de una heredad es árbitro de cultivarla como quiera, y si al hacerlo encuentra en ella raíces de algún árbol de la contigua que le estorban, puede extirparlas por sí solo, sin licencia de nadie, ya que nadie tiene derecho á que sus árboles reciban el nutrimiento del predio ajeno; siendo indiferente para el árbol el modo de cortar las raíces, pues siempre perece, mientras que no lo es el tiempo en que se corten las ramas, porque si se hace cuando la savia está muerta ó no está en circulación, el árbol no sufrirá daño, pero sí padecerá en caso contrario.

Si efectivamente fueran estos los motivos que obligaron al legislador español á establecer la dualidad de procedimientos en los casos indicados, y aunque conviniéramos en que la ciencia agrícola los confirmara en su exactitud, no por eso dejaría de ser injusto y censurable el sistema adoptado; porque de concederse al propietario del árbol un plazo prudencial ó un simple aviso que le previniese del hecho de invasión de las raíces, en nada se atentaría al indiscutible derecho del dueño colindante de repeler dicha invasión, y en cambio, se armonizarían, en términos de mayor justicia y conveniencia, facultades y aspiraciones legítimas igualmente dignas de consideración.

La destrucción violenta de las raíces engendra indudablemente la muerte del vegetal, como puede, al parecer, ocurrir con una corta inoportuna de las ramas. Interesando la vida de aquél, igual criterio debería seguirse en un caso que en otro; las raíces, es verdad, ocupan terreno ajeno, pero también las ramas invaden cielo ó espacio que corresponde á otro; el hecho de la invasión no justifica, por tanto, la diferencia de procedimientos y mu-

cho menos el que, en uno de los casos, se autorice á uno de los propietarios á que se tome la justicia por su mano, cuando medios existen en toda sociedad bien organizada para conseguir lo que de voluntad y en justicia no se nos da, con la admitida secuela de indemnizaciones de daños y perjuicios debidos.

Mayor importancia ó gravedad tiene para nosotros el plantar un árbol á menor distancia de la que taxativa y claramente marca la ley, con infracción, por consiguiente, manifiesta de lo mandado observar para todos en general; y no obstante, en este caso se niega la licencia al dueño de la heredad inmediata para arrancar por sí mismo el árbol, debiendo solicitarlo extrajudicial ó judicialmente. La lógica debió haber puesto de acuerdo sobre los particulares de referencia, á los artículos 591 y 592. No vemos, pues, en éste tendencia á dar facilidades para la conservación del arbolado, cual afirmábamos al examinar el primero, porque si tan expeditamente tiene en su mano una persona la manera de deshacerse de un árbol cuyas raíces se extendieron á su fundo, solamente ha de respetar la vida de aquél por el momento, cuando su mayor conveniencia vaya en ello interesada, para obtener en términos amistosos y compensatorios de su convecino lo que éste en otro habría de aceptar *a fortiori*.

Desgraciadamente, y dada la claridad que revela el contexto del art. 592, no nos es posible atenuar su rigorismo, amoldándolo á prudentes reglas de interpretación que fundaríamos en principios de alta justicia y moralidad; sólo nos resta deplorar un error del Código, que desearíamos se enmendase en la primera ocasión que para ello se aprovechara.

Por último, si se diera el caso de que, cual sucede con mayor frecuencia en ciertas regiones de la Península, el árbol perteneciera á distinto dueño que el del suelo en que radica, el requerimiento necesario para verificar la corta de las ramas debería hacerse al primero de aquéllos, pues al fin y al cabo, se trata siempre de la vida del vegetal, sin que el terreno pueda recibir daño ó beneficio con tal operación, ni su dueño, por tanto, lesión alguna en lo que á su interés toca.

ART. 593. Los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cual-

quiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo.

Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes.

Concordancias.—Análogo al art. 528 del proyecto de Código de 1851 é igual al 600 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Ya hemos advertido, en oportuno lugar, la improcedencia de colocación en esta parte del Código del anotado artículo, declarativo de un caso especial de medianería, cuyo objeto es la facultad de los condueños de poder derribar cualquiera de ellos independientemente, sin necesidad del mutuo acuerdo, los árboles existentes en un seto vivo medianero, á no ser que se trate de árboles que formen á la vez mojones en el seto vivo. Ya el núm. 3.º del art. 572 del Código estableció la presunción de servidumbre de medianería, mientras no haya título, signo exterior ó prueba en contrario, en las cercas, vallados y *setos vivos* que dividen los predios rústicos. Natural es, pues, que todo lo que se encierre en el espacio de dichos setos, tenga su misma condición; por esto, el art. 593 les añade la calificación de medianeros, porque si el título, signo ó prueba dieran á conocer la no existencia de dicha condición jurídica, la pertenencia de los árboles habría de determinarse por lo que arrojasen dichos medios acreditativos. No es que se niegue, según el recto sentido de tal artículo, la cualidad de medianeros á los árboles que al mismo tiempo constituyan mojones, si lo es el seto en que se encuentren, porque la excepción que se establece no es con referencia á tal extremo, sino al del derribo del árbol, que ha de hacerse entonces de conformidad entre todos los interesados. A éstos, en efecto, conviene que la voluntad caprichosa de uno de los medianeros no pueda á su antojo destruir medio tan importante como el de los mojones, para saber en cualquier tiempo la extensión y deslinde de los respectivos predios, como sucedería si no existiese la cor-

tapisa á que alude el apartado 2.° del art. 593, que no contiene su análogo 528 del proyecto de Código de 1851.

La palabra exigir que se cita en la primera parte de aquél indica bien claramente que no podrá el medianero por sí cortar el árbol ó árboles de que tratamos; prudente y legal, por tanto, es que manifieste su intención en tal sentido á sus copartícipes, y si ellos buenamente no le facilitaran la ejecución del propósito, medios tiene para que los Tribunales de justicia le amparen en tal pretensión.

Ya el *párrafo 31 de las Instituciones romanas, tít. I, libro II,* de conformidad con lo dispuesto en el *13, ley* 7.ª, *tít. I, libro XLI del Digesto*, declaró que un árbol, puesto en el confín de dos heredades, es común si también extiende sus raíces al campo vecino; tal declaración hizo la *ley 43, tít. XXVIII de la Partida 3.ª*, refiriéndose á árboles cuyas raíces principales estuviesen en la heredad del que los plantó y las otras restantes en el predio contiguo.

Practicado el derribo del árbol, en cualquiera de los casos que distingue nuestro artículo, se repartirá su utilidad ó producto en venta (porque no es justo que se lo apropie también el que lo arranque) entre sus propietarios, en proporción al derecho que cada uno tenga en la comunidad, según así creemos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 573 y 393 del Código, toda vez que los condueños participan de los beneficios y cargas de la cosa común proporcionalmente á la entidad de sus respectivas cuotas. Si el derribo no tiene lugar, natural es que igual regla se tenga en cuenta para el disfrute del árbol medianero, y, por tanto, de sus ramas y raíces, ya que aquél adquiere sus jugos nutritivos de los dos predios colindantes.

Ha procedido con poca previsión el autor del Código al comprender en el art. 593 solamente el seto vivo, cuando será asimismo muy frecuente que el árbol se encuentre en zanjas, acequias ó vallados también medianeros; y entonces, ¿qué solución aconsejar y lo mismo para el caso en que el árbol ó arbusto radique en línea divisoria de las heredades? Los Códigos chileno, guatemalteco, italiano y de Méjico (artículos 859, 1.272, 569 y 1.127) emplean, en vez de la frase «seto vivo», la de «cerca»; el francés (673) la de «vallado»; el portugués la de «línea divisoria»; y todos comprenden virtualmente la propia disposición que el nuestro.

Por tanto, es bien conocida la intención del legislador de todos los países al regular aquélla; y el español, aun induciendo con ello á error, se valió indudablemente de la frase «seto vivo medianero», como los otros hacen con las citadas, en el concepto de idea general, que hace relación á todo medio de separación de las fincas donde puedan estar plantados árboles; y si esto no se estimase así, sería de toda precisión lógica y legal hacer aplicación del principio de que donde existe la misma razón de Derecho, debe de aplicarse igual precepto; porque de otro modo, se conduciría á un absurdo jurídico ó se dejaría sin debida solución un caso muy corriente en la práctica. Si el árbol se halla plantado en la línea divisoria de la heredades, y no puede exactamente apreciarse si son ésta ó aquél de propiedad particular, será medianero (artículos 573, 574 y 575 del Código). Resultando la propiedad particular, son pertinentes los artículos 591 y 592; y el que estamos examinando si es medianero. Por esto dispone el citado artículo del Código de Chile que también serán medianeros los árboles cuyos troncos estén en la línea divisoria, aunque no haya cerramiento intermedio de las heredades.

La sustitución del árbol derribado por otro, también se hará con el común acuerdo de los medianeros, porque esto es consecuencia de las reglas de la servidumbre de medianería, las cuales, en una palabra, declaramos todas ya desde luego aplicables al caso regulado por el art. 593.

Por todo cuanto queda relacionado, ya puede comprenderse que dicho precepto no contiene ninguna servidumbre legal ni tampoco voluntaria; ni de él asimismo ha de resultar ninguna de ellas, porque si el árbol es medianero, se ejecutará lo que queda prescrito; y si no lo es, nunca podría llamarse servidumbre la autorización que su dueño diera al colindante para derribarlo.

Según lo ya demostrado en su oportuno lugar, no reconocemos tampoco á la medianería de árboles sino una especie de comunidad de bienes, y nunca como servidumbre legal, según parece darlo á entender el Código, al colocar el artículo en esta parte del mismo.

CAPÍTULO III

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS

Ha declarado el art. 536 del Código que las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios; aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias. Hasta ahora vinimos ocupándonos de las primeras, después de establecidos los principios generales que han de aplicarse á toda clase de servidumbres; al presente vamos á tratar de las segundas, encerrándose, por tanto, toda la materia de servidumbres que abraza el título VII del libro II del Código en tres capítulos, dedicados, el primero á tratar de aquéllas en general; el segundo, de las servidumbres establecidas por la ley, y el tercero, ó sea el en que nos ocupamos, de las que origina el hecho del hombre, como dicen casi todas las legislaciones extranjeras.

En síntesis, el objeto del último capítulo no es otro que mencionar unas cuantas reglas generales que no convienen á las servidumbres legales, ni tenían cabida en la parte que hemos dicho establece principios comunes á las diversas clases de servidumbres, y además el de regular algunos gravámenes voluntarios, pero que ostentan una naturaleza especial, por lo que ha sido preciso señalarlos con expresa mención, indicando el régimen peculiar á que han de someterse.

Aparte de este último extremo, los artículos que

componen el referido capítulo III, tienden á fijar la capacidad civil del sujeto para constituir servidumbres en sus cosas ó en las que ostente muy principal participación de dominio, á indicar el criterio por que deben regularse los derechos y obligaciones de los dueños del predio dominante y del sirviente, y á mencionar un caso particular y privativo de extinción de las servidumbres voluntarias. Compruebe si no la lectura de los artículos 594 al 599 inclusive, si tales ideas no son, en substancia, las que los mismos desenvuelven con todos los detalles de casuismo posible. En lo demás que dichas disposiciones no prevén, claro es que quedarán vigentes y aplicables los preceptos de índole general y común que constituyen el capítulo primero del referido título VII, no sólo por la razón de método que indica la colocación de aquél, sino también por la referencia que el mismo art. 598 hace á los artículos del presente título que sean aplicables.

Las servidumbres voluntarias constituyen un número indeterminado, porque son tantas cuantos sean los caprichos ó diversidad de prácticas y libres acuerdos en que convengan los propietarios dominante y sirviente. No las pone tasa el Código, pues las que cita en este capítulo son de naturaleza excepcional, y por eso las menciona especialmente, lo cual no ocurre con las llamadas legales, de las que no tienen existencia más que las taxativamente enumeradas y reguladas por dicho Código ó por la legislación administrativa; porque nadie está obligado á sufrir servidumbre que haya de ostentar tal carácter, si antes no estuviese en forma autorizada por la Autoridad competente y por precepto expreso y terminante. Es de interpretación

restringida todo lo referente á servidumbres, pero con especialidad tratándose de las establecidas por la ley, á la cual sólo deben su origen y razón de ser; así como tampoco puede darse una servidumbre voluntaria si antes no resulta expresamente de un título solemne de derecho ó de actos indubitados de posesión de la misma, que igualen á aquél en fuerza y respeto, porque así lo tiene establecido el Derecho como principio tradicional acatado por todas las legislaciones civiles conocidas.

ART. 594. Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

Concordancias.—Igual al art. 536 del proyecto de Código de 1851 y al 601 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 10.* Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada vno dellos seruidumbre á su edificio, o a su heredad.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 11.—Heredamientos, e casas e otros edificios han algunos omes que son de tal natura, que como quier que aya la tenencia dellos, e los esquilmen, non son verdaderos Señores dellos en todo; assi como las heredades que tienen en feudo, e las que tienen algunos para en su vida, e de sus herederos, dando por ellas algund censo cierto, o auiendo a facer algund seruicio señalado. E porende dezimos, que qualquier que touiesse alguna destas heredades sobredichas, e otorgasse seruidumbre en ella a otro; o otro alguno la otorgasse a el en la su heredad propia, para vso de aquella heredad que touiesse assi, que también la vna seruidumbre como la otra vale para siempre

bien assi como si la fiziessen en las heredades que han suyas quitamente. Otrosi dezimos, que comprando vn ome de otro casa, ó otro edificio, o alguna heredad, si el comprador, e el vendedor se auinieren, que aquella cosa que compra, que sirua en alguna manera en otra casa, o edificio, o heredad que sea aquel que la vende o de otro qualquier: si tal servidumbre como esta otorga el comprador, maguer la cosa que compra non sea avn passada á su poder, vale tambien como si la otorgasse en otra cosa qualquier suya, de que fuesse ya señor, e tenedor.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 14.—Todas las seruidumbres, de que fablamos en las leyes deste titulo, que deuen las vnas cosas á las otras, e los vnos edificios a los otros pueden ser puestas de alguna destas tres maneras. La primera es, por otorgamiento que fazen aquellos cuyas son las cosas otorgando de su voluntad seruidumbre en ellas á otros, por fazerles amor, o por precio que resciben dellos. La segunda es, las que fazen los omes en sus testamentos assi como quando dize: Quiero que la casa de fulan aya tal seruidumbre en esta mi casa, que nunca sea mas alçada de lo que es agora; o que pueda meter vigas en las paredes della o otorgándole otra seruidumbre semejante desta, que y ouiesse assi como si otorgasse a alguno, que ouiesse carrera en su heredad, para entrar e salir, o traer agua por ella, para regar la suya o en otra manera semejante destas. La tercera es, quando ganan los omes seruidumbres en casas, o en heredamientos por vso del tiempo, assi como adelante diremos.

ART. 595. El que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca á otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo.

Concordancias.—Análogo al art. 448 del proyecto de Código de 1851. *(Véase el 492 del de 1882.)*

PRECEDENTES LEGALES. – *Ninguno.*

ART. 596. Cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 5.ª, tit. VIII, ley 29.*—Enagenar e vender puede la cosa, aquel que la rescibió á censo. Pero ante que la venda deuelo fazer saber al Señor, como la quiere vender e quanto es lo quel dan por ella... Otrosí dezimos que este que tiene la cosa a censo, que la puede empeñar a tal ome como sobredicho es sin sabiduria del Señor.

(Véase la ley 11, tít. XXXI, Partida 3.ª, transcrita al pie del artículo 594.)

ART. 597. Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes ó comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, á no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 10.* ...Pero si muchos fueren señores de vn edificio, ó de una heredad, a que quieran poner seruidumbre, todos la deuen otorgar quando la ponen. E si por auentura la otorgassen algunos, e non todos, aquellos que la pusiessen no la pueden despues contrastar, que la non aya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradezir cada vno dellos,

tambien por la su parte, como por la de los otros que la non otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la seruidumbre por el otorgamiento de los otros, nin les empesce. Pero si despues desso la quisiesse otorgar, e consentir aquellos que la contradizen, valdria, tambien como si la ouiessen de primero otorgado todos de so vno.

Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 18.—Comunalmente auiendo algunos omes casa, o heredamiento a quien deuiesse otro edificio, o heredad seruidumbre si partiessen entre si aquella cosa que ouieren de consuno: e despues el vno dellos vsasse de aquella seruidumbre que auian ante amos, e el otro non vsasse della por tanto tiempo como diximos en las leyes ante desta, porque pierden los omes las servidumbres perderla ya por ende. E non se podria aprovechar del tiempo que el otro vsara: porque non era su personero: nin vsaua de aquella servidumbre por el: mas si non partiessen la cosa que era comunal entre ellos en que auia la servidumbre, bien ternia pro el vso del vno al otro. E esto es porque ante que sea partida la cosa es la seruidumbre vna. E vsando el vn compañero della en saluo fincaua al otro su derecho; mas despues que la cosa parten: non es assi. E por ende el que non vsa de su parte, assi como dicho es de suso, pierdela.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 594, 595, 596 y 597.—Por lo que ya dijimos al exponer las consideraciones generales que encabezan el capítulo III, calificaremos á los anotados artículos de preceptos reguladores de la capacidad civil de las personas que pueden constituir servidumbres voluntarias, y los cuales, á causa de su íntima relación y vínculos de analogía, examinaremos en un solo comentario.

Comprende el primero la regla general y principio matriz del cual son los demás obligada consecuencia; y lo es él, á su vez, de la idea que del dominio da el art. 348 del Código, de otorgar derecho para gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes, siendo una de las manifestaciones de tal derecho, la de imponer su dueño servidumbres como le plazca y en la forma que libremente dispusiere con el otro propietario, salva la única limitación que indica el art. 594, la cual nunca ha de faltar cuando se trate de regular la amplia esfera de la plena propiedad. Noción tan justa y comprensible

no podía menos de ser tenida en cuenta por las legislaciones de todos los tiempos y países; y así, en efecto, le dan cabida en sus Códigos, desde el pueblo romano hasta el menos adelantado jurídicamente de los modernos.

Aunque por la manera de estar redactado el antedicho precepto, parece que alude, tanto á la imposición de servidumbres sobre la finca como á favor de ella, porque habla de «establecer servidumbres», frase genérica que lo mismo puede comprender uno que otro de dichos sentidos, es lo cierto que se refiere esencialmente al primero de ellos, ó sea, cuando la finca ha de ostentar el carácter de sirviente, porque es donde precisa sentar el precepto. Éste le juzgamos legalmente explicable, por cuanto nuestras jurisprudencia civil é hipotecaria consideran dicha imposición de gravamen como un acto de la facultad de enajenar, la cual sólo asiste al perfecto propietario. El que se aviene á sufrir ó tolerar una servidumbre, cede el goce de un derecho sobre la finca, un uso ó la prohibición de un uso de ella, que, en otro caso, á él le correspondería; si se trata de la servidumbre de paso por su heredad, cuando no la establezca forzosamente la ley, enajena una fracción del derecho de propiedad, consistente en un uso de la cosa, y lo mismo en la de estribo de presa, acueducto, etc. Lo propio sucede con las cosas inmateriales, como son los derechos parciales comprendidos en el total de dominio, los cuales puede también dejar á favor de otra persona, haciéndolos materia de servidumbre. Los Códigos de Guatemala y Méjico (artículos 1.281 y 1.136) dicen que la constitución de servidumbre se reputa como enajenación, en parte, de la propiedad del predio sirviente; por lo mismo, los que no puedan enajenar sus cosas sino con ciertas solemnidades ó condiciones, no pueden, tampoco, sin ellas, imponer servidumbres sobre las mismas. Y en efecto, la servidumbre es la enajenación, no de parte material de la substancia de la cosa, sino de un uso de la misma. El derecho de enajenar una cosa ó una fracción del derecho dominical sobre ella, de uno de los derechos derivados del dominio, es el más característico de éste, porque ya sabemos que todos los demás parciales pueden cederse, quedando el verdadero propietario con su condición de tal, á pesar de ello, mientras que no continuará siéndolo si transmite la referida facultad de enajenación, porque ésta, en realidad, afecta á lo fundamental del dominio, y aun el latente, el directo.

que es lo menos que puede reservarse el dueño, en algunos casos, representa únicamente tal reserva. Por eso el propietario, aun siendo el más imperfecto, tendrá siempre participación al constituirse servidumbres en contra ó en provecho suyo.

Expresa una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 1888 que no pueden crear servidumbre los actos de pretendida posesión ejecutados por los colonos, pues la ley 15, título XXXI, Partida 3.ª, supone, como esencial, la existencia de dos personas opuestas, dueñas de los predios, que han de ser dominante y sirviente, y faltan esta duplicidad y oposición si es uno mismo el dueño del predio que aspira á dominar y el colono de aquel en que se ha realizado el uso gravoso. Una resolución de la Dirección general de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar, fecha 18 de Febrero de 1893, sienta como doctrina, respecto al particular, que los contratos sobre el establecimiento de servidumbres voluntarias sólo pueden celebrarlos los dueños de las fincas á las que afecte, ó los que tengan su legal autorización; que las facultades generales de administrador y usufructuario que puedan ostentar los maridos con relación á los bienes de sus mujeres, y la misma representación que el Código civil les otorga, no son suficientes para los actos que sólo el que tiene el dominio de la cosa puede ejecutar con arreglo á las leyes, pues en cuanto haga relación con tales actos, es precisa la autorización especial del dueño; siendo indiferente, para sustentar esta doctrina, que la servidumbre se constituya á favor de la finca, ni que las condiciones sean altamente ventajosas en tal sentido, porque sólo el dueño puede hacer este género de apreciaciones y ninguno está autorizado á verificarlo en su lugar; que el afirmar que, al no gravarse la finca, siendo la dominante, no se limitan los derechos dominicales del dueño cuando otra persona contrata en su nombre sin su autorización, es desconocer que el ejercicio de esas facultades por persona que no tenga el dominio, implica la mayor de las limitaciones concebibles; y por último, que si la mujer conserva el dominio sobre sus bienes y el marido no puede darlos en arrendamiento por más de seis años sin el consentimiento de aquélla, menos podrá ejercer otros actos que son de mucha más transcendencia, porque establecen permanentes relaciones jurídicas que al cabo no es posible prever si perjudicarían ó beneficiarían al dueño.

Podrán ocurrir multitud de casos en que la cualidad de propietario no sea bastante para imponer válidamente servidumbres sobre el predio. Tal sucederá con un menor de edad, el loco, pródigo, etc., que, aun siendo dueños por entero de dicho predio, están imposibilitados por el Derecho para realizar actos por los que puedan resultar obligados, bajo la sanción de nulidad de los mismos, si no intervienen sus legítimos representantes, los padres ó el tutor, bajo la vigilancia del consejo de familia. Otra cosa será si dichas personas adquieren para su fundo una servidumbre, en concepto de dueños dominantes, porque se considera legalmente defendible todo lo que en pro y utilidad de los menores ó incapacitados redunde, y porque, además, según el artículo 1.302 del Código, las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron. Por esto, procede aclarar el art. 594 en el sentido de que, según él, para establecer servidumbres voluntarias se requiere tener la condición de propietario de la finca, tanto *in actu* como *in potentia*, es decir, en el ser y en el poder obrar con tal carácter; ser propietario y tener la libre administración de los bienes.

Y como la posesión en los bienes y derechos, según el artículo 432, puede tenerse en dos conceptos: en el de dueño y en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona, deducimos que sólo el poseedor que acredite el primer carácter, con todos los demás requisitos de buena fe, justo título y demás prevenidos por las leyes, tendrá facultad para establecer servidumbre á favor ó en contra de su predio.

El artículo que examinamos, virtualmente á la vez, comprende también los modos de constitución de las servidumbres voluntarias, que serán tantos, por consiguiente, cuantas sean las formas como la voluntad humana puede manifestarse jurídicamente, es decir, la convención y el testamento, según así también nos enseña una de las leyes de Partida anotadas en los *Precedentes legales*. De esta suerte se simplifica la antigua teoría de constitución de las servidumbres en general, por la ley, la convención, la última voluntad y el fallo judicial. Este último modo, que algunos tratadistas todavía mencionan, tomado de aquella *adjudicatio* en los juicios divisorios de herencia de los romanos *(ley 18, libro X, tít. III y XVI, § 1.° y 2.°, libro X*

y tit. II, de communi dividundo y de familia erciscunde) no existe ya hoy, no sólo por la disposición terminante del art. 536 de nuestro Código, que considera como únicas fuentes de servidumbres la ley ó la voluntad de los propietarios, sino porque para nada especialmente se menciona tal forma en el lugar pertinente de dicho Código. Igual doctrina sostiene la ley 14, tít. XXXI, Partida 3.ª, porque, al fin, el medio de prescripción viene á ser una manifestación presunta de la voluntád de los particulares.

Si la servidumbre se constituye por testamento, convenimos con el ilustre civilista Sr. Morató *(El Derecho civil español en correspondencia con el romano, tomo I, pág. 389)*, en considerar necesaria, en los que han de ser propietarios de los fundos dominante y sirviente, la testimentifacción activa y la pasiva en sus respectivos casos, así como tratándose de la constitución de servidumbre por convenio, si ésta es onerosa, ambas personas habrán de tener la libre administración de sus bienes, debiendo observarse lo propio con respecto al constituyente si procede la servidumbre de título gratuíto, y bastando, en este caso, el simple consentimiento por parte del adquirente.

La ley 11, tít. XXXI, Partida 3.ª, transcrita al pie del art. 594, menciona otro modo de constituir servidumbres voluntarias, ó sea, cuando, vendida una finca, estipulasen comprador y vendedor imponer sobre ella una servidumbre en beneficio del último ó de un tercero. En este caso, no hay todavía un derecho *en* la cosa, sino simplemente *á la* cosa; no existirá, pues, un perfecto derecho de propiedad, sobre todo, con arreglo á la antigua y simbolista teoría de la tradición, como elemento de perfección de los contratos en que había de mediar entrega de cosas ó de derechos. Adoptamos sin obstáculo alguno como ortodoxa tal doctrina dentro de nuestro novísimo Código civil, pues, con arreglo á él, el comprador que se encuentre en las circunstancias referidas, tiene todas las condiciones de propietario perfecto. Dice á este propósito el artículo 1.450 que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubiesen convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

La salvedad que señala el precepto que comentamos á la omnímoda facultad concedida á todo propietario para constituir las servidumbres en la manera que mejor le plazca, está bien de-

terminada y categórica quizá con redundancia, porque el orden público es al fin el objeto que se proponen las leyes al poner cortapisas á la libertad en el disponer y disfrutar los dueños de sus cosas; y, tratándose de evitar que aquéllos no invadan la esfera de los demás porque así lo exige la coexistencia social, ya podía suponerse que sólo las leyes (como idea genérica) que persiguen tal propósito serán las que han de limitar la facultad que comprende el art. 594. Creemos, sin embargo, que, para mayor claridad y fijeza, se agregó la frase «orden público» (que otros Códigos no citan, ni tampoco nuestro proyecto de 1851), aludiendo principalmente á las restricciones que comúnmente han de poner las Ordenanzas de policía en cada localidad cuando se trate de servidumbres urbanas, en consonancia con las exigencias y usos de cada población.

***

Gozando el usufructuario de todos los usos de la substancia de la cosa objeto del usufructo, no parece despropósito afirmar su capacidad para constituir servidumbres, pendientes, como todos los actos jurídicos del usufructuario, de la terminación del derecho de éste. Tal es la opinión de Germano y la nuestra, á la cual no parece asentir el Código, que en la sección que estudiamos otorga la facultad de imponer servidumbres al propietario, al dueño de la substancia de la cosa, excluyendo al usufructuario, que es sólo de los frutos. Descartada la posibilidad de imponerse servidumbres por el usufructuario, quedaba la cuestión de si sería necesario para ello el acuerdo del propietario y del usufructuario, ó bastaría la decisión del primero. El Código se ha pronunciado por el segundo criterio, y no ha sido, con tal motivo, elogiado por todos los tratadistas. Está en correspondencia, sí, con el art. 489 del propio Cuerpo legal, á cuyo tenor el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo podrá enajenarlos, pero no alterar su forma ni substancia, *ni hacer en ellos nada que perjudique al usufuctuario*. Las legislaciones extranjeras, que del particular se ocupan, siguen las más de ellas contrario sistema; así, el art. 585 del Código uruguayo declara que el que tiene sólo la nuda propiedad de un fundo, ó sin el usufructo, no puede constituir servidumbre sin consentimiento del usufructuario; y el art. 2.981 del de la República Argentina ordena que la servi-

dumbre no perjudica los derechos del usufructuario, y éste puede impedir el ejercicio de ella durante el usufructo. Esto mismo se desprende de la teoría que desenvuelven los Códigos de Méjico y Guatemala en los artículos anteriormente citados. Sólo vemos que esté conforme con nuestro artículo el 635 del Código italiano, según el cual el propietario puede, sin el consentimiento del usufructuario, imponer al predio las servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo, pudiendo también establecer las que disminuyan aquel derecho, si tiene el consentimiento del usufructuario.

Nosotros, sin embargo, en el artículo que estudiamos vemos suficientemente garantidos los derechos de dicho usufructuario, porque, quedando éstos á salvo, por el último inciso del expresado artículo, muy pocas serán las ocasiones en que, por prudencia y dada la amplitud de los términos en que la disposición legal está concebida, deje de acudir el propietario á convenir con el usufructuario las condiciones y forma de conversión de la servidumbre, haciendo imposible al último el recurso de combatirla, fundado en razonamientos que, en caso de duda, habrían de estimarse en su favor por el mismo deseo del legislador, repetido en terminantes y generales prescripciones, de que, en ningún caso, salgan perjudicadas las facultades de disfrute condicional del usufructuario.

Adviértase el cambio de lenguaje en la redacción del art. 595, comparada con la del anterior; en aquél se habla de «imponer sobre la finca» servidumbre, es decir, de la posibilidad de que el usufructuario se constituya en dueño sirviente; este es el único objeto de dicha disposición, porque parece inútil regular el caso en que dicho usufructuario pudiera convertirse en propietario dominante, ya sólo mientras durase el usufructo ó ya por más tiempo. El gravamen á favor del predio usufructuado y en contra del colindante debe de adquirirse regular y ordinariamente por el verdadero propietario de la finca dominante, según así ordena el art. 594; adquirido por el usufructuario para mayor plazo del que dure su derecho, no obtendría validez, estableciéndose por convenio, á no ser que mediara la ratificación, como así es de suponer, del dueño pleno de la expresada finca (art. 1.259 del Código).

***

Se conoce que el legislador español quiso llevar á todas sus rigorosas consecuencias el principio contenido en el art. 594, de que fuera el verdadero propietario de la finca solamente quien pudiese establecer en ella servidumbres voluntarias, y que siguió en tal sentido el criterio inflexible, sin excepciones de ningún género. Confirma esta consideración lo que expusimos anteriormente con referencia al art. 595 y lo que diremos de los 596 y 597.

Como los dueños del dominio directo y del útil integran, entre ambos, la condición de perfecto propietario, de la intervención de los dos se precisa para constituir una suficiente personalidad en el establecimiento de las servidumbres. El precepto no tiene antecedentes ni en nuestro Derecho patrio ni aun en el romano, y no conocemos la legislación extranjera que, aun siendo en forma análoga, le dé cabida en sus Códigos. Hasta los proyectos españoles de 1851 y 1882 enmudecen sobre tal materia. Algo da á entender, aunque en sentido contrario, la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales;* porque si el que recibió una cosa en censo puede enajenarla y aun empeñarla, y la imposición de gravámenes estuvo siempre equiparada al acto de la enajenación, el Rey Sabio implícitamente otorgó aquella facultad al dueño del dominio útil; es verdad que pone la condición de que, al enajenar el último la cosa, lo ponga en conocimiento del señor de quien es; pero tal requisito no tiende á obtener una participación en el consentimiento de la enajenación, sino á dar de ella y de su precio simple noticia al dueño directo para que ejercite, si así le place, el derecho de tanteo ó retracto, que también nuestras leyes novísimas le reconocen.

Pero, en nuestro concepto, el calificativo de *perpetua,* que pasa casi inadvertido entre las palabras del art. 596, y se da á las servidumbres que tratan de imponerse voluntariamente, es el que constituye la clave fundamental de interpretación de aquel precepto. No es que se nieguen al enfiteuta facultades para constituir servidumbres, ya en beneficio ó como carga del fundo que disfrute, aun cuando en este segundo caso, subordinando la eficacia jurídica del derecho real de servidumbre al tiempo que la enfiteusis subsista. Así, por otra parte, lo revela la misma contextura del art. 596, porque si la restricción que éste impone se contrae á las servidumbres *perpetuas,* síguese, argumentando *a*

sensu contrario, que se podrán imponer las *temporales,* ó lo que es lo mismo, las dependientes de determinada condición resolutoria, con tanto mayor motivo cuanto que el art. 546, al tratar de la extinción de las servidumbres, da por supuesto en el núm. 4.° la posible existencia de las servidumbres temporales.

Y en manera alguna podrá negarse al enfiteuta la mencionada facultad cuando el art. 1.633 le autoriza para disponer del predio enfitéutico y de sus accesiones, tanto por acto entre vivos como de última voluntad, dejando á salvo los derechos del dueño directo; por lo que, igualados en sus efectos y condiciones jurídicas, según repetidamente dijimos, los actos de enajenación (aunque con restricciones en el expresada caso) y de imposición de gravámenes, el mismo Código autoriza á realizar el último al dueño del dominio útil; quedando á salvo los derechos del que posee el directo, en el problema que examinamos, con no otorgar el primero á la servidumbre mayor extensión, en cuanto al tiempo, y consiguientemente en cuanto al derecho, que la que pueda provenir de la duración normal de la enfiteusis.

Conviene, para comprender bien el problema, descender á la realidad estudiando *el caso,* así como en las clínicas se opera sobre materia viva y palpitante.

Dando de bueno que por virtud de la enfiteusis se multiplique el dominio como por genmación, surgiendo el dominio útil al lado del dominio directo, observemos que es connatural al censo, cualquiera que sea su especie, y, por tanto, al enfitéutico, que la cesión del capital ó del inmueble (enfiteusis) sea perpetua ó por tiempo indefinido (art. 1.608). De aquí que estipular plazo con respecto á la donación de un censo enfitéutico vaya contra su naturaleza jurídica y constituya un acto contra ley, porque no puede reputarse plazo ni conspira contra la perpetuidad de la enfiteusis el pactar que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censualista, ó de una persona determinada, ó que no pueda redimirse en cierto número de años, que no excederá de sesenta en el censo enfitéutico.

Mas la resolución de la enfiteusis por la consolidación de ambos dominios puede provenir positiva ó negativamente, ó por actos directos eminentemente positivos del enfiteuta (redención del censo), ó por la omisión de aquellos otros actos constitutivos de los deberes y obligaciones del enfiteuta (no pago de las pen-

siones, incumplimiento de la condición estipulada, deterioro voluntario y grave de la finca).

Dados estos antecedentes, necesariamente impuestos por la anticipación de doctrina, hagamos aplicación al caso derivado del artículo que estamos comentando, ó sea al de las servidumbres temporales impuestas por el enfiteuta.

Sabemos que las servidumbres perpetuas sólo pueden establecerse sobre la finca enfitéutica, previo el consentimiento de ambos dueños; mas precisamente de esta restricción en un determinado sentido, que arguye permisión de su contrario, hemos deducido la posibilidad de que el enfiteuta imponga servidumbres temporales.

La temporalidad de la servidumbre, restricta por circunstancias limitadas de tiempo, parece oponerse á la perpetuidad de la enfiteusis, por cuanto no se trata de una perpetuidad absoluta y de una transmisión total, sino de una indelimitación de tiempo, afectada constantemente por una condición resolutoria, la de que se consolide el dominio por redención ó por comiso. Cuando la enfiteusis se resuelva por la redención del censo no hay problema, porque convergen en el enfiteuta ambos dominios, y, consiguientemente, continuando en la posesión y ahora en el dominio pleno del predio sirviente, no hay motivo fundado para que, si la servidumbre se constituyó por veinte años, aun cuando la redención haya tenido lugar, v. gr., á los diez años, no subsista aquélla por el tiempo que se hubiere estipulado. Resolver de otro modo implicaría un absurdo, porque si, según el sentir general revelado por el Código patrio, es suficiente el dominio útil para imponer servidumbres temporales, ¿cómo no han de prevalecer estas últimas durante el tiempo convenido, cuando, á más de ese dominio útil, recae en la misma persona por virtud de la redención el dominio directo? Si cuando el poseedor del fundo sirviente tiene lo menos, la servidumbre es lícita, ¿cómo no habrá de serlo cuando reúna lo más, ó sea el dominio absoluto de la finca gravada? La duda, cuando verdaderamente se presenta es en el caso de que la finca enfitéutica caiga en comiso antes de haber expirado el plazo por el cual se constituyó la servidumbre. ¿Subsistirá ésta?

Dice el art. 118 de la ley Hipotecaria que cuando un predio dado en enfiteusis caiga en comiso con arreglo á las leyes, pa-

sará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfiteuta: pero quedando siempre á salvo *todos* los derechos correspondientes al mismo dueño directo.

Si tratáramos de compaginar este texto con la negación absoluta sancionada por el art. 596 del Código, diríamos que el dueño del fundo sirviente, ó sea el señor del dominio directo, deberá respetar los gravámenes impuestos por el del dominio útil en cuanto no comprendan ninguno de naturaleza perpetua.

Mas como nuestros lectores comprenderán, semejante interpretación no arguye armonía de los textos legales, sino sacrificio del art. 596 en pro de la vigencia del art. 118 de la ley Hipotecaria, tema este último puesto ya en tela de juicio. No se trata de imponer armonías imposibles, ni procurar maridajes absurdos entre artículos que, en nuestro sentir, son antagónicos por su contextura, sino de encontrar la verdadera doctrina que debe prevalecer.

Mucho antes de la promulgación del Código civil, ya hubo de llamar la atención de los comentaristas y hombres de Derecho el art. 118 de la ley Hipotecaria, porque si, según su tenor, los gravámenes de naturaleza real impuestos por el enfiteuta sobre la finca caída en comiso debían prevalecer, ¿cómo podía suceder esto sin que se afectaran ó desmembrasen en lo más mínimo *todos los derechos* correspondientes al dueño directo? Latía en el fondo del artículo una antinomia marcadísima que denotaba dentro de un orden lógico normal ó la preferencia de los derechos del señor del dominio directo y consiguiente extinción del gravamen, ó la supremacía de este último, y como derivación inmediata la afección de los derechos del propietario de la finca enfitéutica.

Galindo y Escosura, comentando el aludido art. 118 de la ley Hipotecaria, hubieron de hacer notar que la condición de que quedaran á salvo en su integridad los derechos del dueño directo, era una condición imposible; y añadieron con notable visual: «Porque el derecho del dueño directo consiste en que el dominio útil que cede, vuelva á él en casos determinados, tal cual lo cede, sin gravámenes de ninguna clase que disminuyan ó destruyan por completo el valor de lo que se cede. De otro modo, el comiso es un derecho estéril, una pena nominal, que no impedirá que el dueño útil burle su obligación de pagarle las pensiones.» Y más

adelante, tratando del derecho que debía prevalecer en la pugna suscitada por el artículo, declaran que «la justicia parece estar á favor del dueño directo, que no debe ser perjudicado por hechos ajenos en contra de los que entregaron sus capitales, recibiendo como garantía un dominio precario y condicional».

Tal era el parecer de los juristas respecto del particular que nos ocupa, antes de promulgarse el Código civil. Con posterioridad á la promulgación, las incertidumbres se han despejado, y tanto por el art. 596, que implícitamente consagra principios generales de rigorosa justicia y equidad, cuanto por el art. 1.650, es hoy opinión muy generalizada la de que el art. 118 de la ley Hipotecaria ha sido derogado, y en su consecuencia, cuando una finca enfitéutica cae en comiso, los gravámenes de naturaleza real impuestos por el enfiteuta sin el consentimiento del dueño directo se resuelven por cuanto dependían de una condición resolutoria y la condición queda cumplida. Así muy discretamente opina el Sr. Escosura en la segunda edición de los *Comentarios* antes citados, y así también piensa quien estos comentarios escribe.

La temporalidad de la servidumbre que se imponga sobre una finca enfitéutica es tan relativa como la perpetuidad de la enfiteusis. Es una temporalidad condicional, aun cuando el dueño del predio dominante y el enfiteuta pacten un término comprensivo de un número fijo de años. Y decimos que la temporalidad es condicional, porque la servidumbre habrá de estipularse, tomando como base la subsistencia de un dominio útil, también condicional, en cuanto depende de la no consolidación por el comiso. Ambos términos, la perpetuidad de la enfiteusis y la temporalidad de la servidumbre impuesta *motu proprio* por el enfiteuta tienen que guardar la debida relación ú homogeneidad en cuanto á lo condicional, vaciándose en una unidad jurídica cualificada por la relatividad de su fondo. Por eso, cuando el dominio útil se resuelve, tiene indefectiblemente que resolverse la servidumbre impuesta por el dueño de dicho dominio, sin contar para nada con el consentimiento del dueño directo.

Es fácil que se arguya enfrente de esta tesis radical que nosotros mantenemos el supuesto de una servidumbre constituída temporalmente por el enfiteuta é inscrita con dicha cualidad en el registro. Es posible que sutilizando, se diga que no dependiendo

el comiso de hechos dependientes de la voluntad del dueño dominante, debe éste ser respetado en el disfrute de la servidumbre durante el tiempo por el que ésta se hubiere convenido. Y por último, no sería extraño que, para reforzar el argumento, se dijese que en el caso de no haberse inscrito la servidumbre temporal no perjudicaría al dueño directo por su cualidad de tercero respecto del contrato mediante el que la servidumbre hubiese cobrado vida legal.

No consideramos viable ninguno de los argumentos referidos, y antes bien, no vemos en ellos sino un sofisma bien compuesto para deslumbrar, con visos de certidumbre, cuando en el fondo palpita un significado error.

Ante todo, la inscripción de la servidumbre y la publicidad que es consiguiente, no arguye asentimiento tácito del dueño directo, porque únicamente deja de aplicarse el principio fundamental del perjuicio de tercero cuando éste, como sujeto del nuevo contrato y con conocimiento adquirido ó presunto, mediante la publicidad del registro, de las cargas ya inscritas, prescinde de ellas conscientemente, mas no cuando se crea un gravamen sin su consentimiento y se inscribe. En este caso, la publicidad del registro no aprovecha al enfiteuta ni al dueño del predio sirviente, porque los términos aparecen trocados y no cabe deducir de la inscripción de una servidumbre temporal un motivo jurídico para que sea respetada por el señor directo cuando el dominio pleno recaiga en su persona por causa de comiso.

Pero, además, tampoco cabe invocar el hecho de que el dueño del predio dominante sea por completo ajeno á la causa del comiso, y, en su virtud, no deba perjudicarle; porque harto debía conocer al pactar la servidumbre que la temporalidad de ésta quedaba pendiente de la subsistencia del dominio útil, habiendo podido entonces, antes de prestar su consentimiento, descontar las causas de comiso y aun la mala fe ó la incuria del enfiteuta determinantes del no pago del canon enfitéutico.

Por otra parte, ¿no sería donoso que las culpas del señor del dominio útil vinieran á recaer como por retruque en cabeza del dueño directo tan sólo porque éste fuese el que le hiriera y privase del disfrute por virtud del pleno ejercicio de su derecho?

La inscripción comunica garantías, pero no es tanta su virtud transformista que logre alterar los principios fundamentales de

las instituciones jurídicas. Por eso, haya el dueño del predio dominante inscrito ó no la servidumbre voluntaria temporal otorgada por el enfiteuta, así en un caso como en otro, la resolución del dominio útil por el comiso de la finca enfitéutica llevará consigo la resolución de todas las servidumbres impuestas por aquél.

Resumiendo cuanto llevamos dicho, procede sentar las siguientes reglas:

A) Cuando un predio dado en enfiteusis caiga en comiso, se resolverán *ipso facto* todas las servidumbres constituídas por la voluntad del enfiteuta sin el consentimiento del señor del dominio directo.

a) Lo mismo ocurrirá cuando, caída la finca en comiso, los acreedores del enfiteuta, haciendo uso del derecho que les otorga el art. 1.650 del Código civil, rediman el censo enfitéutico y abonen las pensiones vencidas.

B) Si el señor del dominio útil redimiere la enfiteusis, y en su persona se reunieren ambos dominios, la servidumbre seguirá gravando al fundo por todo el tiempo que expresamente se hubiere estipulado.

C) Si el señor del dominio directo otorgase su consentimiento para la constitución de una servidumbre limitada á un determinado número de años, sin pactar que en el caso de comiso se considerará aquélla resuelta, no es aventurado presumir que subsistirá la servidumbre, no obstante la consolidación de ambos dominios en la persona del señor directo, el número de años convenido.

D) Pactada una servidumbre entre el dueño del predio dominante y el enfiteuta por un número de años determinado, si la finca cayese en comiso por incuria ó negligencia comprobadas del segundo, tendrá el primero acción personal contra el enfiteuta para reclamarle los daños y perjuicios subsiguientes á la extinción de la servidumbre.

He aquí las reglas: ahora una última aclaración para terminar.

Como la distinción de dominio directo y dominio útil no se da más que en el censo enfitéutico, claro es que la disposición que comentamos no se refiere para nada á los reservativo y consignativo, en los que el censatario, dada la índole de los mismos (artículos 1.606 y 1.607 del Código), debe tener libre facultad para

imponer por sí solo servidumbres en fincas que son por completo suyas, ya por haberse á él cedido en un caso su pleno dominio á cambio de una pensión anual que se reserva al contratista, ya en otro, por pertenecer al propio censatario el predio que ha de responder del gravamen del canon ó pensión que dicho censatario se obliga á pagar al censualista por el capital que de éste recibe en dinero.

***

El art. 597 confirma, en un caso concreto, el principio fundamental que explica toda la teoría de la comunidad de bienes, tanto que su primer párrafo, sobre todo, es innecesario por hallarse virtualmente comprendido en la disposición general del artículo 394, que prohíbe á los partícipes servirse de las cosas comunes de modo que perjudique el interés de la comunidad é impida á los mismos utilizarlas según su derecho, cuyas circunstancias indudablemente concurren en la servidumbre que se impone en los predios indivisos, porque los hace de peor condición, convirtiéndolos de libres en gravados. Las aclaraciones que comprenden los dos últimos apartados son las que debieron motivar el que se añadiese en esta parte otro ejemplo que confirma también, además, la exactitud de la afirmación general que contiene el art. 594, punto de partida, como ya dijimos, para los tres preceptos que le siguen. Por las razones expuestas, no creyeron necesario, al parecer, los autores de los proyectos españoles de 1851 y 1882 mencionar tales particulares, considerándolos ya bien previstos y regulados en otras disposiciones que dictaron como de genérica aplicación.

Los extremos del art. 597 son traducción exacta de la doctrina romana y de la de Partidas, sin que de ellas se aparten lo más mínimo, hasta el punto de que dicho precepto repite, con otras palabras, las mismas ideas que contiene la ley 10, tít. XXXI, Partida 3.ª, anotada en los *Precedentes legales*.

Nada más comprensible y justo que las sumas parciales de copropietarios, que dan por resultado matemático la total del verdadero dueño, sean las que intervengan en hacer que el predio por todos comúnmente disfrutado, preste beneficio á otro fundo ó á tercera persona, restringiéndose las facultades de dis-

frute de los primeros, que siendo varios, igualmente han de sufrir las consecuencias del gravamen, ya que los beneficios y las cargas de los comuneros les corresponden en proporción de sus respectivas cuotas. Y, aunque por el art. 399 todo condueño tiene la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia *enajenarla*, cederla ó hipotecarla, no por eso, cual ocurre en otros casos análogos, el comunero podrá gravar la porción en que se le consienten tales derechos, tanto porque es indeterminada materialmente, cuanto porque, aun siendo ello posible, perjudicaría, si lo hiciera, el interés de la comunidad. También parecería posible legalmente que, siendo al fin y al cabo la imposición de servidumbres un acto relativo al disfrute de la cosa común, bastara que autorizaran aquélla los acuerdos de la mayoría de los partícipes, según prescribe la primera parte del art. 398; sin embargo, el contexto del art. 597 exige una intervención completa de todos los copropietarios, y la concesión hecha solamente por parte de uno como de varios, que no sean todos, no produce otros efectos jurídicos que los previstos en el párrafo 3.º de dicha disposición.

Sin embargo de lo cual, alguna importancia tiene el consentimiento parcial de uno ó varios de los condueños cuando á él se dedican dos párrafos del art. 597, considerándole, en nuestro concepto, como un compromiso aislado que surte sus consecuencias independientemente de lo que el resto de los copartícipes resuelva. Dichos dos párrafos, creemos que lo primero que tratan de significar es que el consentimiento á que alude el inicial no necesitan otorgarlo todos á un mismo tiempo, y en presencia los unos de los otros, bastando que sea aislado y en distintos momentos. Lo esencial es que se llegue á reunir la suma de todos los acuerdos parciales, produciendo cada uno de éstos contra sus autores, y antes de conseguirse la suma total, obligaciones para en lo sucesivo, que no pueden olvidarse ni infringirse. *Si llegara á obtenerse el consentimiento unánime* de los restantes, quien ó quienes otorgaron su aprobación primeramente, no podrán volverse atrás, «han soltado prenda», como vulgarmente se dice, y les es imposible legalmente recogerla. Por esto, no creemos fundada la censura que hacen el Sr. Falcón y otros comentaristas del referido artículo, creyendo que se otorga por él un inútil valor á la

concesión que menciona su tercer apartado, si con arreglo al primero ha de ser precisa la intervención de todos los demás conjuntamente. Mayor fuerza de expresión y claridad se daría á dicho tercer apartado si á sus últimas palabras se añadiese las de «por los restantes copropietarios»; es decir, la concesión hecha por uno de ellos separadamente de los demás, producirá los efectos para él y sus causahabientes, de no impedir la que otorgasen después ó antes los restantes partícipes; y con esto se evitaría el más leve motivo de crítica por defecto de redacción. Sin embargo, resalta en todas las partes del art. 597 la intención del legislador español, examinadas aquéllas en la relación ideal que las une y no aisladamente.

Los sucesores del concedente de la servidumbre deben respetar ésta, porque así lo exige la naturaleza de la condición de heredero, ya sea testamentario ó *ab intestato*; los herederos suceden al difunto, por el hecho solo de su muerte, en todos sus derechos y *obligaciones* (art. 661), ordenando el párrafo 3.º del 867, con respecto á los sucesores que lo sean por título singular, ó sea los legatarios (art. 660), que si la cosa legada tuviere alguna carga perpetua ó temporal, pasará ésta con aquélla al legatario.

¿Merece recordarse el precepto especial del art. 396, referente al supuesto de un edificio, cada uno de cuyos pisos pertenezca á diverso dueño? ¿Regirá en este caso, en cuanto al establecimiento de servidumbres sobre dicho edificio, la disposición del art. 599, concerniente á la propiedad común, ó el 594, relativo á la propiedad singular? Nosotros contestamos franca y abiertamente en el sentido expuesto en primer término.

Es cierto que en el caso del art. 396 hay á un tiempo propiedad individual y común; pero pertenecen á ésta las cosas sobre las que puede recaer la servidumbre, y, por tanto, su imposición ha de regularse por los principios aplicables á tal caso, ó sea el art. 597. En el caso del art. 396, lo único individual es el piso, el espacio comprendido entre cada uno de éstos, y lo común las paredes medianeras y divisorias, el tejado, el patio, el portal, en una palabra, la armazón y el edificio, el conjunto de éste. Ahora bien: si se examinan las servidumbres que pueden imponerse sobre un edificio, se verá que todas recaen sobre alguna de las cosas comunes citadas.

La llamada medianería, no cabe duda de ello; con la de luces

y la de vistas se inspeccionaría y vería todo el edificio; en la vertiente de tejados el agua caería sobre éstos; y la distancia para ciertas construcciones afecta también á las paredes de propiedad común del edificio, y á éste en su conjunto. Es, pues, indudable que se regula el caso de comunidad del art. 396, por el precepto del 597, en cuanto á la constitución de una servidumbre, y sólo en el supuesto (en extremo hipotético) de que el gravamen recayese particularmente sobre un solo piso, sin afectar á los demás, es cuando su dueño podría por sí establecerlo.

Volviendo á la comunidad en general, prevemos lo propio que al examinar anteriormente otros preceptos. El art. 597 alude al caso de que el fundo indiviso se convierta en predio sirviente; pero ¿y si se trata de que sea dominante? Decimos lo mismo que en las ocasiones expresadas y en la misma forma en que lo hacen los artículos 1.138 y 1.283 de los Códigos mejicano y guatemalteco respectivamente. Si siendo varios los propietarios, uno solo de ellos adquiere una servidumbre sobre otro predio, á favor del común, de ella podrán aprovecharse todos los propietarios, quedando obligados á los gravámenes naturales que traiga consigo y á los pactos con que se haya adquirido. Esta es también la doctrina ortodoxa dentro del Código español; no perjudicando al interés de la comunidad, como indudablemente no puede perjudicar el disfrute de un beneficio ó derecho sobre otra finca, la cual sufre la carga, ni impidiéndose a los demás copartícipes utilizar las cosas comunes según sus facultades, cada uno puede servirse de aquéllas para todo lo que redunde en provecho y mayor rendimiento de la comunidad. Lo propio opinamos para en el caso que pertenezcan los diversos pisos de una casa á varios dueños. Y, según el alcance que debe darse al art. 394, sintetizador de los razonamientos expuestos, y que da autoridad, por tanto, á la expresada opinión, el condueño que *adquiera* la servidumbre separadamente de los demás, no sólo con ello deja obligado al señor del fundo sirviente, el cual, en todo caso, no podría alegar la falta de capacidad contra el primero (art. 1.302), sino también á sus compañeros en el disfrute de la cosa común; porque ha redundado todo ello en mayor beneficio de la misma, que es lo que había que averiguar previamente antes de que quedase determinada la existencia de la mencionada obligación. Por esto también el art. 548 y el 535 preceptúan que si el predio dominante

perteneciese á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás; y si el predio dominante se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Las prescripciones que comprenden los artículos 594 á 597 pueden aplicarse asimismo, sin dificultad alguna, á las servidumbres legales. Las incidencias á que éstas den lugar, en cuanto á la determinación de su forma y ejercicio, han de entenderse con las personas que, bajo el concepto de dueños, indica la verdadera inteligencia de dichos preceptos. Razones de indudable analogía inducen á tal doctrina, y además el que en las disposiciones generales comunes á toda clase de servidumbres se parte siempre de que en unas y otras deben ser constituídas, solamente por los propietarios de las heredades; y este concepto no puede, en realidad, satisfactoriamente explicarse más que por los principios que acaban de ser expuestos. Los que, bajo la simple condición de meros poseedores, usufructuarios, arrendatarios, etc., se vean requeridos por las Autoridades administrativas ó los particulares con motivo de la eficacia que hayan de tener las leyes creadoras de las servidumbres legales ó del ejercicio de las mismas, harán bien en alegar su deficiencia de personalidad ante cualquiera reclamación de la expresada índole, con el objeto de que sólo el verdadero propietario responda y adquiera los debidos compromisos bajo el carácter de señor del fundo dominante ó del sirviente.

En cuanto á la adquisición de una servidumbre, tanto legal como voluntaria, creemos que el criterio es expansivo, es decir, se puede establecer á favor de las personas que disfrutan de la finca, aunque no sean los propietarios, siempre con carácter revocable, ó sea dependiente de la duración del derecho.

Así el usufructuario, por ejemplo, podrá exigir el establecimiento de la servidumbre de estribo de presa, de saca de agua, acueducto, parada, paso, por ser necesario en muchos casos para el disfrute de la finca y no perjudicar al dueño de ésta, y lo mismo las negativas, porque favorecen á la substancia de la cosa. Lo que prohíbe la ley es la imposición de la servidumbre por persona distinta del propietario, porque siendo un gravamen sobre la substancia de la cosa, la enajenación de un uso de esta

substancia sólo el dueño puede imponerla; en cambio, en la adquisición de la servidumbre, siempre que no se establezca otro gravamen, no se lesiona ningún derecho del dueño, y, por tanto, no hay motivo para prohibirla.

ART. 598. El título, y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables.

Concordancias.—Análogo al art. 542 del proyecto de Código de 1851 é igual al 602 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Ninguna legislación nueva viene tampoco á establecer el precepto anotado. Es fiel trasunto de multitud de reglas del Derecho romano, y su doctrina la vemos confirmada en varios casos regulados por diversas leyes de Partida. Los Códigos extranjeros y los proyectos españoles la comprenden también en sus páginas.

Nada más conforme, por otro lado, con las nociones que tenemos ya repetidamente estudiadas. El título de constitución de servidumbre puede referirse á acto *inter vivos* ó *mortis causa;* si lo primero, creada aquélla por convenio entre los respectivos interesados, ya dispone el art. 1.255 del Código que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral ni al orden público; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene continuamente repitiendo que el contrato es ley para los contratantes, vigente y respetable en todo caso si se contiene dentro de los expresados límites, y aun enfrente de las disposiciones del Derecho positivo que no tengan carácter público y de imposición general. Otro tanto procede decir del tes-

tamento como modo de crear servidumbres; la voluntad del testador, encerrándose dentro de reglas cardinales que marcan las leyes, puede á su libre arbitrio determinar cómo haya de disponer y arreglarse la fortuna del hombre después de su muerte; porque es también, para el heredero y sucesores singulares, ley lo que cada uno deje ordenado en tal sentido testamentariamente.

Ya, por lo que dijimos al tratar del usufructo, comprenderemos que el conjunto de los derechos y obligaciones de los dueños sirviente y dominante constituirá la manera de ser de la servidumbre, porque en aquéllos van comprendidas todas las modalidades y contingencias posibles, tanto en el origen, vida y ejercicio del gravamen, como en sus modos de extinción. Por esto, regular dichos derechos y obligaciones vale tanto como exponer todo lo que en materia de servidumbres voluntarias deba decirse, excepción hecha de los principios sobre capacidad para establecer aquéllas que quedan examinados, y mucho más siendo indeterminado y tan variable el número y clase de servidumbres que pueden concertarse. Una ilimitada libertad respecto al particular quebrantaría el lazo de subordinada jerarquía que el derecho privado ocupa, según varias veces afirmamos, con respecto al público. Por esto, nuestro art. 598 debe ponerse en relación, y virtualmente lo está ya, con el 594, que se refiere, en general, al *establecimiento* de servidumbres (dentro de cuya idea están comprendidas indudablemente las de derechos del predio dominante y obligaciones del sirviente), según el cual, al fijar libremente los interesados tales derechos y obligaciones, no podrán contravenir las leyes ni el orden público.

Como otra de las formas por las que se constituyen servidumbres voluntarias es la prescripción, ésta también ha de determinar el modo como de ejercicio de aquéllas, cuando proceda, teniéndose en cuenta la antes mencionada salvedad; porque ya en sentido general, ha dispuesto el art. 547 que la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera.

Existiendo defecto de expresión ó de previsión en el título, suple la manera de poseer la servidumbre. Mas si nacieren de ellos dudas que no pueden, lógica y legalmente, resolverse de otra forma, han de señalar el régimen jurídico, las disposiciones del título VII, libro II del Código, en lo que naturalmente pueda

aplicarse á cada género de gravámenes voluntarios, porque no todos son de naturaleza igual y algunos repugnarán, por su modo de ser, reglas que á otros convendrán mejor. Principalmente deberán tener presentes las disposiciones de la sección 3.ª, capítulo I de dicho título, denominada «derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente»; aunque el Código, confirmando nuestra observación anterior, no se concreta en el art. 597 á hacer referencia á dicha sección, sino que la extiende á *todas las disposiciones del presente título* que sean aplicables, porque dichos derechos y obligaciones están efectivamente, ó se deducen, de todos ó la mayor parte de los preceptos que se ocupan de servidumbres.

Ocurrirán casos en que el título, la posesión y aun el Código nada digan en cuanto á un extremo de la referida materia, ó se muestren deficientes, sin que el artículo que comentamos indique qué regla ha de seguirse entonces. Mas nosotros creemos que, en tal contingencia, han de regir, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 6.°, la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del Derecho, los cuales aconsejan favorecer en lo posible, existiendo duda, los intereses del predio sirviente, por ser de interpretación restrictiva todo lo relativo á imposición de gravámenes, y de equidad y de ley en muchos casos (artículos 543 y otros) ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del referido predio.

ART. 599. Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado, al constituirse la servidumbre, á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante.

Concordancias.—Igual al segundo párrafo del art. 543 del proyecto de Código de 1851 y al 603 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—En la introducción del capítulo en que nos encontramos advertimos ya que el art. 599 regula un caso espe-

cial de extinción de servidumbres, propio solamente de las voluntarias, y que no admite, en teoría general, la índole de las legales; aunque muy bien podría tener cabida, si así se quisiera prever en las leyes, reglamentos ú ordenanzas que establezcan aquéllas; pues ya sabemos que los artículos 550 y 551 otorgan preferencia á las expresadas fuentes antes que á las disposiciones del Código.

Aunque la obligación que comprende el precepto que comentamos parece más propia en ser cumplida por el dueño dominante que por el sirviente, dictándose en este sentido indudablemente las prescripciones comunes de los artículos 543 y 544, no se olvide que, en las servidumbres voluntarias, existe plena libertad para establecer su régimen jurídico; y, por tanto, bien puede suceder que se estipule tal particular bajo el expresado concepto en el título constitutivo ó que así viniera ejercitándose por plazo suficiente para que prescribiera en favor del propietario dominante, al mismo tiempo que la servidumbre.

El art. 599 se relaciona en cierto modo con la consolidación. En efecto, uno de los modos de extinción de toda clase de servidumbres, según el núm. 1.° del art. 546, es el de que se reúnan en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente. Y en realidad tal reunión significa el acto por el cual el dueño del último predio abandona, en favor del primero, el fundo que antes prestaba el servicio. El dueño dominante, haciéndose también señor del referido fundo, reúne en sí las dos personalidades, los dos conceptos, cesando, por tanto, irremediablemente el gravamen de servidumbre, que ya sabemos consiste (artículo 530) en la carga impuesta sobre un inmueble en beneficio de *otro* perteneciente á *distinto dueño*.

Por esto, siendo de aplicación general el mencionado art. 546, puede hasta hacerse posible en las servidumbres legales, el medio de extinción á que alude el 599, si ha de dar el resultado que prevé el precepto primero, aunque á tal consecuencia se llegue también por otros hechos distintos del referido.

El Código de Chile (art. 829) comprende igual disposición que el nuestro 599, aunque considera suficiente, para que el dueño del predio sirviente quede redimido de la obligación de costear las obras ó reparaciones, el abandono por el mismo de la *parte* del predio en que deban hacerse ó conservarse aquéllas. Enten-

demos que tal doctrina es más equitativa y más acomodada á razón que la del art 599 del nuestro.

Es injusto, sí, el que, con perjuicio del propietario sirviente, y para enriquecerse el dominante, exigiendo una idemnización superior al valor del gravamen, se conceda al segundo derecho de exigir todo el predio; y por no decidirse el primero á arrostrar tal contingencia, convierta en imposible ó difícil, por el art. 599, la práctica de una facultad que, en ocasiones, podrá convenir á sus intereses, sin lesionar en lo más mínimo los del que viene utilizándose de la servidumbre.

La indicada debía de ser, pues, la prudente interpretación del expresado precepto, fundada además en la consideración legal de que los artículos 513 al 545 compensan y equilibran, en términos de justicia, las conveniencias de ambos dueños, hasta el punto de que, en ningún caso, quede la una supeditada á la otra. El propósito del legislador no puede ser otro, en el punto que tratamos, que dar al propietario dominante medios de que el servicio que disfrutaba, por virtud del gravamen á su favor impuesto, continúe por sí mismo recibiéndolo, sin exigirlo á la persona que le ha transmitido con ese objeto todas las facultades necesarias, haciendo desaparecer una carga que afectaba sólo á la parte del fundo sirviente; pues, según el art. 542, al establecerse una servidumbre, se entienden concedidos todos los derechos solamente necesarios para su uso.

Además, el que ostente el carácter de dueño del predio sirviente tiene libertad completa para fraccionar su propiedad y enajenarla como le plazca, siempre que no perjudique intereses de tercero, por lo cual siempre legalmente podría, v. gr., en un predio rústico afecto á una servidumbre de paso por uno de sus costados, dividir aquél en suertes y enajenar como libres las que no hayan de tocar la senda ó espacio del tránsito, ó que no resulten perjudicadas con éstos.

Por último, obsérvase que en todas las prescripciones sobre servidumbres se alude, cuando se trata de indemnización al dueño del fundo dominante, al valor del terreno que se ocupe con tal objeto y al de los perjuicios que se causen por ello al propietario sirviente; y estas dos circunstancias debían solamente tenerse en cuenta al abandonar el último el predio ó parte de él que resulte perjudicado con la existencia del gravamen. El art. 599,

pues, se refiere al caso en que el ejercicio de la servidumbre necesite de todo el predio sirviente.

Estas varias consideraciones abonan nuestro criterio, que no es, sin embargo, el del artículo. Creemos, con un comentarista del Código, que es impropia ó inexacta, según el espíritu del legislador, la locución de «abandono del predio», que se menciona al final de dicho artículo. El acto material del abandono, por sí solo, no engendra efecto alguno jurídico en favor del propietario dominante, porque éste, según el Derecho, no podría defenderse eficazmente de cualquier reclamación en ninguna forma con solo el hecho del abandono. No es aplicable á tal caso la teoría de la ocupación; para adquirir la finca sirviente por prescripción, se necesita, por de pronto, el transcurso de algún tiempo que convalide el derecho dominical. Por lo que creemos preciso el concurso expreso, no tácito, del propietario sirviente, y en forma tal, que quede garantido y seguro el dominante de cualquier peligro contra el dominio que de esa suerte adquiera. Así es que deberá el último de exigir la constitución de título, adornado de las suficientes solemnidades, dejando debidamente manifestada el dueño sirviente, en tal sentido, su voluntad, bien en testamento, bien en documento *inter-vivos* de cesión ó enajenación de su finca á favor del dueño dominante, y constando el requerimiento que haga á éste para que desde entonces se liberte de la práctica de deberes que concluyen con el expresado otorgamiento de renuncia de dominio y exoneración consiguiente de la prestación de un servicio fundada sólo en dicho dominio. Por esto el Código portugués, con más claridad (art. 2.277), habla de *entrega* del predio al dueño del dominante; y el art. 483, párrafo 2.° del Código de Austria, todavía con mayor fuerza de expresión, dice que si el propietario de la cosa sirviente hiciese uso de ella, también deberá contribuir proporcionalmente á los gastos de conservación y reparación de aquélla, y sólo con *la cesión de la cosa* á quien tenga el derecho de servidumbre, cuando éste también disienta, podrá librarse de contribuir á dicho gasto.

Y, por último, ¿quién ha de satisfacer los honorarios, impuestos y demás gastos que, con motivo de la cesión, se produzcan? Aparte de lo que dispongan las leyes fiscales y administrativas, ó del concierto privado de los mismos interesados sobre el particular, opinamos que ha de responder de ellos el dueño sirvien-

te, no sólo porque debe equiparársele al vendedor, según ya dijimos, de cuenta de quien, según los artículos 1.455 y 1.465, corren los gastos de otorgamiento de escritura (caso de que ésta medie en la cesión), y, en general, los que se inviertan en la entrega de la cosa vendida, sino porque el art. 599 que comentamos no impone ninguna gabela al que disfruta de la servidumbre, pues nada se le exige por el «abandono» del predio gravado por aquélla, dependiendo sólo de la libre voluntad del propietario sirviente, á quien no hace forzoso en lo más mínimo el Código el realizar tal acto si quiere continuar prestando la obligación que libremente contrajo con el primero ó sus causahabientes.

ART. 600. La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato ó de última voluntad, y no á favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme á este artículo se regirá por el título de su institución.

Concordancias.—Igual al art. 604 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 3.ª, tit. XXXI, ley 6.ª* Otrosi dezimos, que otorgando vn ome a otro para siempre que metiesse sus bueyes o sus bestias con que labrasse su heredad en algund prado o defesa por tal otorgamiento; gana el otro seruidumbre en aquel prado, o en aquella defesa, e puede osar della el, e los otros que ouieren aquella heredad, porque le otorgo aquella postura; e maguer el vendiesse, o enagenasse aquel prado, o aquella defesa, e el otro a quien pasasse, non les puede defender, que non vsen de aquella seruidumbre.

Véanse las leyes de los títulos XXIV y XXV, libro VII de la Novísima Recopilación.

ART. 601. La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan á los Municipios, ya al Estado, se regirá por las leyes administrativas.

Concordancias.—Igual al art. 605 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse las leyes del título XXV, libro VII de la Novísima Recopilación.*

ART. 602. Si entre los vecinos de uno ó más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia ó seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas.

El propietario que cercare su finca conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

Concordancias.—Análogo al art. 509 del proyecto de Código de 1851 é igual al 606 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 603. El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor á los que tengan derecho á la servidumbre.

A falta de convenio, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial.

Concordancias.—Igual al art. 607 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 600, 601, 602 Y 603.—Estimamos de verdadera transcendencia, en el orden económico, los preceptos que, por razón de la materia análoga que comprenden, hemos de examinar juntamente bajo el concepto de «reglas de la comunidad ó servidumbre de pastos». Y no sólo calificamos en tal forma dichas disposiciones, atendiendo á su contenido juzgado á primera vista, sino por la significación y alcance que indican, dado el carácter de la historia de la legislación sobre el expresado particular, á que ya en otra parte de estos comentarios hemos hecho frecuentes y variadas referencias. De los artículos 600, 602 y 603 (del 601 nos ocuparemos en último lugar, como debió de haber hecho el Código, para relacionar mejor la doctrina de los primeros), deduce cualquiera que conozca someramente las diversas etapas por que ha pasado el reconocimiento de la libertad individual, ante las demasías é inconcebibles privilegios otorgados por tradición á las asociaciones de ganaderos, al antiguo Concejo de la Mesta y á la Carretería, un evidente progreso de las sanas y exactas ideas jurídicas, el término final, ya anteriormente vislumbrado y en mucha parte conseguido, del ideal porque todo hombre de ley suspiraba y que hacía además necesaria la postración que, por tales causas, sufría la Agricultura y la propiedad territorial.

El art. 600 establece desde luego doctrina que no era entonces la vigente, porque se refiere á la que ha de regir *en lo sucesivo*. Y se ha establecido aquélla para ponerla de acuerdo con la que también consigna el art. 388, como de relativa novedad é importancia. En efecto, han de estar relacionadas necesariamente la materia de acotamiento ó cerramiento de fincas rústicas y la de servidumbres de pastos, porque éstas habrán de restringirse más ó menos según los principios que imperen en la regulación de la primera.

La ley 2.ª, tít. XXV, libro VII de la Novísima Recopilación prohibió que se adehesasen las heredades del Reino de Granada sin Real licencia, y no se impidiese el aprovechamiento común

de la hierba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra, los cuales debían quedar libres para que todos los vecinos los pudieran aprovechar con sus ganados, bestias y bueyes de labor, no estando plantadas ó empanadas, so pena de perder todo su derecho el que adehesase ó acotase; revocando la ley 3.ª de dichos título y libro la Ordenanza de la ciudad de Avila, que permitía los adehesamientos ó formación de términos redondos, mandándose que todos los vecinos puedan pacer y rozar en los términos de la ciudad, tierra y pueblos de ella. Únicamente la ley 19, título XXIV, libro 7.º de dicho Cuerpo legal señala, como una de las primeras restricciones que el ideal de justicia empezaba á imponer, la facultad de hacer cerramientos por determinado número de años ó perpetuamente, según la clase de arbolado que quisiera plantarse.

Transcurrieron muy cerca de tres siglos entre las primeras y la última de tales disposiciones; lo cual prueba el esfuerzo que representaba la lucha de las nuevas ideas con las de privilegio irritante que estaban en vigor, aun mediando, como mediaban, continuas y dolorosas quejas de los perjudicados por las invasiones frecuentes que hacían los ganaderos en toda clase de heredades, estuviesen éstas yermas ó destinadas á la labranza, á viñas, plantíos ó arbolado.

Necesitóse aún de algunos años para que saliera á luz el reparador decreto de 8 de Junio de 1813. Deseando las Cortes generales extraordinarias *proteger el derecho de propiedad,* y que con la reparación de los *agravios* sufridos, lograsen al mismo tiempo mayor fomento la agricultura y ganadería, por medio de una justa libertad en sus especulaciones, y por la derogación de algunas prácticas introducidas en perjuicio suyo, *decretaron* que todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, ya fuesen libres ó vinculadas, se declaraban desde luego acotadas ó cerradas perpetuamente, y sus dueños ó poseedores podrían cercarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente ó arrendarlas como mejor les pareciere y destinarlas á labor, ó á pasto, ó á plantío, ó al uso que más les acomode; derogándose, por consiguiente, cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute á que deban destinarse estas fincas, pues se ha de dejar enteramente al arbitrio de sus

dueños. Esta es la principal y radical declaración que contiene el mencionado decreto, el cual sirvió de punto de partida, ya tenuemente eclipsado alguna vez, para las sucesivas medidas, inspiradas todas en un criterio individualista sobre el derecho de propiedad, ó sea el de usar y disfrutar el dueño de sus cosas, sin otra limitación que las determinadas de modo claro por las leyes.

Tal estaban, á pesar de lo dicho, las ideas, que hubo necesidad de ordenar, como se hizo en 16 de Noviembre de 1833 y 29 de Marzo de 1834, que en tierras de su propiedad pudiese cada cual introducir en todo tiempo *sus ganados ó los ajenos*, no obstante cualquiera disposición municipal que lo prohibiera; y en 11 de Febrero de 1836 (antes de haberse restablecido el decreto de 1813) se trató de defender los derechos de la propiedad agrícola contra las invasiones que bajo diferentes pretextos se hacían en ella, privando á los dueños de las heredades del libre uso de los pastos que en ellos se crían. En su consecuencia, se declaró que no deben tenerse por títulos de adquisición á favor de otros particulares ó comunes sino los que el Derecho tiene reconocidos como tales *títulos especiales de adquisición de propiedad*, excluyéndose por lo mismo todos aquellos que se fundan en las malas prácticas, más ó menos antiguas, á que se haya dado, contra lo establecido por las leyes, el nombre de uso ó costumbre; habiendo, pues, de presentar el que pretendiese tener ó aprovechar los pastos de suelo ajeno, el título de su adquisición y probar su legitimidad y validez, sin que de otro modo pueda turbarse al dueño en el libre uso de su propiedad, y declarándose viciosas en su origen las enajenaciones ó empeños que los Ayuntamientos hayan hecho de tales pastos de dominio particular, como si fueran del común, á causa de las referidas prácticas, usos y mal llamadas costumbres; por lo que no deben oponerse tales actos al reintegro que está mandado hacer á los dueños en el pleno goce de sus derechos dominicales.

Las Reales órdenes de 6 de Diciembre de 1841, 13 de Febrero de 1852 y 18 de Enero de 1854 declaran derogado el privilegio que pretendían sostener algunos criadores de ganado yeguar, para pastar sus ganados en dehesas ajenas y propiedades de particulares. En 15 de Noviembre de 1853 se prohíben expresa y terminantemente las llamadas *derrotas* de las mieses, ó sea el abrir éstas, alzados los frutos, para que entren á pastarlas los ganados.

de todos los vecinos. Y correspondiendo el aprovechamiento exclusivo del terreno á su propietario ó al colono que lo cultiva, solo previo el unánime consentimiento de todos los propietarios y colonos, de la mies, que habrá de constar por escrito, podrá autorizarse la apertura de la misma; pero en el bien entendido de que bastará la negativa ó el hecho de no haber dado su consentimiento explícito uno solo de los mencionados propietarios ó colonos, para que no pueda autorizarse la derrota. En 16 de Agosto de 1854 se prescribe que, según el espíritu del decreto de 1813, existe la presunción de que la propiedad está libre de toda servidumbre de pastos, no probándose lo contrario, correspondiendo la prueba al que afirme la existencia de aquélla. Por Reales órdenes de 28 de Febrero y 9 de Marzo de 1855 se ampara á los propietarios de terrenos y mantiene en la posesión de los pastos que éstos produzcan, sin perjuicio de que los ganaderos usen del derecho que creyeren asistirles ante el Tribunal ó Juzgado competente, preceptuándose además que, hasta tanto que no se venza á los primeros en juicio, no se les pueda impedir el acotamiento ó cierre de sus heredades, siempre que dejen á salvo las cañadas, abrevaderos, caminos públicos y demás servidumbres que estén aprobadas y reconocidas para el uso de los ganados del país y trashumantes. El Real decreto de 13 de Agosto de 1892 (derogatorio del de 3 de Marzo de 1877), reorganizando la Asociación general de Ganaderos, en el núm. 6.° de su art. 3.°, encomienda á ésta también el remover las dificultades que se oponen al aprovechamiento de pastos pertenecientes por títulos legítimos á los ganaderos.

Todo este camino, cuyas principales estaciones quedan señaladas, ha recorrido en el presente siglo el principio de la libertad individual aplicado á la posesión de las tierras, de que es tan esencial parte el derecho del disfrute de pastos, sólo atribuído al que sea verdadero y único dueño de aquéllas, y no á los que querían participar de él por el fundamento de una antirracional rutina, que había de desaparecer en cuanto se pusieran en evidencia sus deleznables raíces.

¡Cuán elocuentemente dice el inmortal Jovellanos, en su meritísimo é incomparable *Informe sobre la ley agraria!* «Pues qué, el pasto espontáneo de las tierras, ora esté de rastrojo, de barbecho ó erizo, las espigas y granos caídos sobre ellas, los despojos de las

eras y parvas, ¿no serán también una parte de la propiedad de la tierra y del trabajo, una porción del fundo del propietario y del sudor del colono? Sólo una piedad mal entendida y una especie de superstición, que se podría llamar judaica, las ha podido entregar á la voracidad de los rebaños, á la golosina de los viajeros y al ansia de los holgazanes y perezosos, que fundan en el derecho de espiga y rebusco una hipoteca de ociosidad...» «Dígnese, pues, V. A. de adoptar estos principios; dígnese de reducir los montes á propiedad particular; dígnese de permitir su uso y aprovechamiento exclusivo; dígnese, en fin, de hacer libre en todas partes el plantío, el cultivo, el aprovechamiento y el tráfico de las maderas, y entonces los hogares y los hornos, las artes y oficios, la construcción urbana y mercantil y la Marina Real lograrán la abundancia y baratura, tan vanamente deseada hasta ahora.» Y ¡cuántas ventajas no había de proporcionar el sistema, según ya hermosamente anunciaba el eminente D. Salustiano Olózoga al informar, en nombre de la Sociedad Económica Matritense, sobre el proyecto de ley de 6 de Octubre de 1834, acerca del cerramiento de heredades rurales, cuando dice «que el cultivo ganará inmediatamente con el cerramiento de tierras, ganarán los labradores, aprovechando todos los productos y hasta los desperdicios de éstos; ganará la población y se extenderá por los campos, haciendo más sencillas las costumbres y más fuerte la constitución física de nuestros labradores, proporcionando esto, además de un aumento considerable en la riqueza pública, una seguridad en los caminos, que, de otro modo, es difícil, si no imposible obtener».

Hasta la jurisprudencia posterior vino á hacer viable tan moralizadora y progresiva empresa de restituir á los propietarios rurales en sus facultades dominicales; pues las sentencias de 17 de Mayo de 1864 y 19 de Abril de 1888 declaran que la ley de acotamientos es aplicable, no sólo á los pastos naturales é industriales, sino también á las cortas de leñas y demás aprovechamientos forestales; que la libertad del dominio se reputa mientras no se demuestre lo contrario, y que el que tenga el señorío territorial y solariego sobre un heredamiento es dueño de aprovechar exclusivamente los frutos y productos de la finca, mientras no se pruebe la *existencia legal* de una servidumbre, conforme á la Real orden de 11 de Febrero de 1836, protectora de la propiedad rural, como las leyes concordantes.

Sientan doctrina las sentencias de 26 de Noviembre de 1864 y 14 de Abril de 1866 en el sentido de que la prueba del derecho para el aprovechamiento de pastos incumbe al que lo alega, sin que baste probar el uso ó costumbres, por antiguos que sean (ya veremos cómo en esto coincide nuestro art. 600), sino que ha de presentarse el título de adquisición del derecho y probarse su legitimidad y validez; no debiendo concederse importancia alguna legal, calificándolas de costumbres, á las malas prácticas que, por más ó menos tiempo, hayan prevalecido en los pueblos en materia de uso y aprovechamiento común, que, como servidumbres, pretendan corresponderles en las dehesas, heredades y otras tierras de propiedad, sino que estas servidumbres han de estar apoyadas en títulos especiales de adquisición, y aun en este caso no pueden extenderse á más que á lo comprendido en los mismos títulos.

***

Con tales precedentes y otros de menor importancia, que no nos es posible referir para no hacer esta noticia histórica más extensa, se redactó el art. 600, comprensivo del principio fundamental sobre la materia. Por de pronto, y aun siendo muy escasos los precedentes que tiene en las legislaciones extranjeras, aplaudimos el que se haya traído al Código civil problema tan interesante y delicado, y que, por lo mismo, requiere la mayor estabilidad que aseguran los Cuerpos legales de tal naturaleza, sin estar expuesto á los vaivenes de cambios políticos, aunque hoy difíciles, y á las frecuentes modificaciones de los preceptos administrativos.

Substancialmente el contenido del referido artículo revela el triunfo definitivo de las ideas elevadas al carácter de ley á mediados de siglo y de que hicimos antes mención. La comunidad de pastos no ha de quedar ya á merced de esas vagas prácticas tradicionales que conservaban abusos y privilegios en favor de cierta clase social, ni tampoco á las razones de Derecho que sólo afirman la presunción del gravamen ó de la comunidad; se exige concesión expresa de éstos por los verdaderos propietarios de los predios, sin que, por tanto, sea bastante el título de prescripción, aun de la más solemne que regulan las leyes. En tal sentido, pues, el art. 600 comprende una excepción al precepto ge-

neral de que las servidumbres se constituyen por contrato, por última voluntad, por la prescripción y por la ley. No son admisibles en tal caso más que los dos primeros medios. Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según ya vimos, y las Reales órdenes de 1836, 1841, 1852 y 1854. Y para concretar y haber más claros los términos y efectos jurídicos del gravamen ó mancomunidad, diremos que los que de éstos participen han de ser personas ciertas, conocidas por sus nombres y estado, como las fincas que produzcan los pastos, respecto á las cuales han de fijarse también su cabida, linderos y nombre con que se las distinga de las demás colindantes; cuyos extremos deberán mencionarse expresamente en el contrato ó testamento.

En las relaciones jurídicas en las cuales han de intervenir varias personas, enlazadas entre sí por mutuos derechos y obligaciones, la ley no puede dejar al arbitrio individual su libre esfera, sino suplir deficiencias y evitar peligros fácilmente comprensibles, dadas las enseñanzas que hemos visto nos proporciona la historia legislativa respecto al mencionado particular. Por esto se ha escrito en sentido terminante é imperativo el art. 600 y para los casos que ocurran en lo sucesivo. De otro modo se correría el riesgo de que la indeterminación en las personas y en las cosas produjera la perpetuidad del gravamen, ó por lo menos el desconocimiento de su duración y condiciones de constitución. El Código portugués (art. 2.264) dice, con mayor imperio: «queda abolido el derecho de pastos establecido en predios particulares, por concesión tácita anterior á la promulgación de este Código; en adelante sólo podrá constituirse por concesión expresa de los propietarios», ó sea «la que resulta de contrato ó de disposición de última voluntad».

Recientemente, en 14 de Noviembre de 1892, se ha dictado una sentencia por el Tribunal Supremo, en la que se declara que el principio de indivisibilidad de las servidumbres que, como regla general, establece el art. 535 del Código civil, y que tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consistan, aun en el caso de dividirse entre dos ó más el predio que las disfrute ó el que las sufra, no se opone al derecho que, en absoluto y sin limitación alguna, concede *especialmente* el art. 603 del propio Código al dueño de todo terreno gravado

con la servidumbre de pastos de redimir esta carga mediante el pago de su valor, sean uno ó más los que tengan el derecho á la servidumbre.

Objeto esta sentencia de un minucioso análisis en el comentario del art. 535, nos limitamos en este lugar á mencionarla y consignar subtancialmente su doctrina.

***

El párrafo último del art. 600 deja al cuidado de los que intervengan en el título de constitución de la comunidad de pastos el especificar las reglas porque ésta ha de guiarse en su ejercicio, En dicho momento, y sin otras restricciones que las que quedan fijadas, se señalará libremente lo relativo al número y especie de animales que hayan de pastar, el tiempo y límite del gravamen. clase de aprovechamientos á que éste ha de extenderse, cuidados que deban tenerse presentes y otros varios particulares que algunos Códigos extranjeros, entre otros el de Austria, previene en sus artículos 498 al 502, para en el caso de que no resultasen del título de adquisición.

Si de dicho título, pues, no se deduce el régimen jurídico que ha de observarse en el disfrute de la comunidad, habrá que suplir las omisiones por las costumbres del lugar ó por los principios generales del Derecho (art. 6.°, § 2.° del Código), los cuales en este caso procederá deducir de los que rigen en las materias de servidumbres en general y de comunidad de bienes, según luego probaremos.

La comunidad de pastos establecida con arreglo á Derecho hállase garantida, incluso por el Código penal, que en sus artículos 611, 612 y 613 castiga con diferentes penas y según las diversas circunstancias que concurran á los dueños de ganado vacuno, caballar, asnal, cabrío y también á los ganaderos por la entrada de tales animales en heredad ajena, causando daño; entiéndese, por tanto, como intrusión penable la que realicen los ganados de personas que no disfruten de los derechos de la comunidad, en predios sujetos á ésta.

El art. 107 de la ley Hipotecaria, en su núm. 5.°, autoriza la hipoteca con restricciones de los derechos de superficie, *pastos*,

aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demás partícipes en la propiedad.

Entra en la esfera del Derecho transitorio nuestro art. 600, no sólo por lo que en él ya se advierte, de no haber de aplicarse más que en lo sucesivo, sino porque, comprendiendo doctrina nueva que, llevada á la práctica, produciría evidente perjuicio á los propietarios que tuvieran á favor de sus ganados el derecho de pastos adquirido sin determinación de predios ni de personas, se habrían de infringir las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª del Código. Quedan, por tanto, respetados los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, aunque ésta misma, sobre todo la más reciente, desde el decreto de 1813, impuso medidas de constitución de servidumbres de pastos muy análogas, en significación y alcance, á las de nuestro Código. De modo que podría ocurrir el caso de decretarse la nulidad de un disfrute de pastos, establecido con anterioridad á dicho Código, por no haberse aquél regulado según preceptos de leyes, Reales decretos ó Reales órdenes dictados en este siglo, que hacían las veces de legislación civil, tan digna de respeto y obediencia como la que hoy implantan nuestros artículos 600 á 603.

Ahora bien: con vista de todo lo alegado acerca del art. 600 que es el que marca el criterio dominante y señala el precepto general en la materia de que tratamos, cabe preguntar: ¿es una verdadera servidumbre voluntaria ó un caso de comunidad de bienes lo que se regula en el citado precepto y en los siguientes, que constituyen consecuencias ó aplicaciones del mismo? Si fuéramos á guiarnos por las propias palabras del legislador, la contestación sería inmediata y sencilla; excepto en el art. 603, que habla de servidumbre de pastos, en todos los demás no se menciona sino la idea de comunidad. Y es, en nuestro concepto, porque la propia fuerza de la verdad y de la mayor exactitud científica se han impuesto, quizá sin quererlo, al autor de tales disposiciones. Lo que regula en esta parte el Código español, constituye un verdadero caso de comunidad de bienes (*jus compascui* del Derecho romano), por virtud del cual varios dueños de fincas rústicas ponen en común los pastos de éstas para utilizarlos en favor de sus ganados, estableciéndose entre los primeros una verdadera mutualidad de servicios y prestaciones, que excluye la idea de que un propietario disfruta el gravamen y otro ú otros

lo toleran y sufren. No hay, de ningún modo, servidumbre, á no ser que indistintamente se quieran atribuir dichos caracteres á la vez á cada uno de los referidos dueños con respecto á los demás; pero esto no encaja en las máximas generales que hemos explicado sobre el concepto del gravamen de servidumbre. Habrá, repetimos, una forma de la comunidad de bienes ó también un caso de sociedad particular, porque se trata de cosas determinadas (el uso ó aprovechamiento de pastos) con arreglo al art. 1.678.

El legislador español ha considerado, al parecer, como servidumbres todo lo que implica alguna restricción al derecho de dominio, como lo prueba el haber reputado como tal á la medianería y á la obligación de desaguar los edificios sobre el suelo de su dueño ó sobre la vía pública. Es indudable que no basta esto para precisar la idea de servidumbre, porque entonces también podría darse igual carácter al arrendamiento, al censo, á la hipoteca y á otras instituciones parecidas. En la comunidad de pastos, además, la restricción en el disfrute de sus fincas la sufren todos los dueños que tengan ganados por igual, compensándose entre sí mutuamente el gravamen, por la utilidad que todos igualmente perciben.

Además de la comunidad de pastos, hay la llamada servidumbre de pastos á que parece referirse el art. 603 *(ius pacendi* de los romanos) y de que habla la ley de Partida citada en los *Precedentes,* y consistente en el derecho concedido á una persona de que sus ganados pasten en un predio ajeno. Está indudablemente comprendida en el precepto del art. 531 al admitir éste la constitución de servidumbre á favor de personas con exclusión de la idea de un predio; aunque nosotros, como hemos dicho con repetición al exponer el concepto de servidumbre, no la conceptuamos, conforme al rigor científico, como gravamen de esta especie. Limitamos, como es sabido, el concepto de servidumbre al derecho consistente en un uso de la substancia de la cosa ó en la prohibición de un uso de ella. Cuando el derecho recae sobre los productos orgánicos ó inorgánicos de la cosa, no hay servidumbre, sino usufructo total ó parcial. Por esto tampoco admitimos la servidumbre respecto de la casa, de la leña y de las llamadas por los romanos *calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendi, lapidis eximendi* (cocer cal, sacar arena, extraer greda, piedra), siendo, y así debía de calificárseles, genéricamente, dere-

chos sobre los frutos de la cosa, y específicamente, derecho de pastos, de leñas, etc. Y no se diga que existe la servidumbre porque haya el paso para el aprovechamiento de estos productos, porque aparte de que se califican por él y no por el paso, éste es inherente también al usufructo y al uso, y no característico de la servidumbre, conviniendo recordar que ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de Enero de 1861, afirmó que la circunstancia de pagarse precio al dueño de un terreno por los pastos que en éste se disfrutan, excluye por sí sola la idea de servidumbre.

Todo lo dicho es pertinente en el campo de la crítica; en el legal hay que doblegarse ante el concepto de servidumbre de pastos. No habla el Código expresamente de ella; pero es indudable que podrá establecerse por virtud del precepto del art. 594 (libertad del dueño de un predio para establecer sobre él toda clase de servidumbres), en relación con el citado 531 (servidumbres á favor de las personas). Se diferencia de la comunidad de pastos en que no existe como en ésta la reciprocidad del derecho, es decir, que no se verifica el hecho de poner en común sus fincas todos los individuos que gocen del derecho, sino que se aprovechan una ó varias personas para sus ganados de los pastos objeto del gravamen. La comunidad de pastos supone siempre pluralidad de personas dueñas de varias fincas, sobre las que establecen el derecho recíproco de aprovechar los pastos; en la servidumbre puede establecerse á favor de una ó de varias personas, y recae sobre fincas de propiedad de distinta persona de las que gozan del derecho.

Seguimos hablando, al referirnos al art. 602, de la comunidad de pastos sobre predios particulares, aunque pertenezcan éstos á los vecinos de todo un pueblo ó lugar; y á ellos alude dicho artículo al autorizar á los últimos á que se desliguen de la comunidad de pastos, cercando su propiedad, sin que por eso sufran perjuicio alguno en sus derechos, pues les reserva, á pesar de todo, el que tenían de percibir los beneficios que dicha comunidad proporcionaba á sus ganados. ¿No extraña grandemente tan original precepto, pareciendo que con él el legislador aspira á destruir las comunidades de pastos establecidas ó que puedan establecerse? Va mucho más allá el artículo citado que el decreto de 1813, porque éste declaraba cerradas y acotadas perpetuamente

todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular (declaración que hoy se ha convertido en facultad para el dueño, según el art. 388 del Código, pero *sin perjuicio de las servidumbres legítimamente establecidas*. Y el precepto que estudiamos permite la liberación de la comunidad á uno de los condueños, *con perjuicio* de la asociación legalmente constituída y *en beneficio* de aquél, que no arriesga nada en tal caso. Aunque se descubra, sin gran esfuerzo de penetración, que el Código ofrece en su art. 603 un poderoso aliciente para el cerramiento, que el expresado art. 388 no se atrevió, al parecer, á declarar obligatorio, entendemos que se prescribe para ello un procedimiento algún tanto violento, al que no llegó la fuerte reacción promovida á principios de siglo contra el sistema de privilegios de que gozaba la ganadería en desventaja de la agricultura. Hasta la misma jurisprudencia tiene establecido (sentencia de 4 de Febrerero de 1889) que el decreto de 1813, al declarar acotadas y cerradas todas las propiedades, respetó las servidumbres legítimas, concepto que alcanza á la mancomunidad de pastos y abrevaderos pactada entre dos lugares con asentimiento de los señores territoriales de ellos, y lo mismo en los sitios públicos que en los de dominio particular.

Representa, pues, el que examinamos un caso de excepción de los principios que rigen en materia de comunidad de bienes y de sociedad, á cuya norma jurídica creíamos debía someterse el aprovechamiento colectivo de pastos, porque se pone en manos de uno de los comuneros la facultad de desligarse de las obligaciones á cuyo cumplimiento se ha sujetado, sin despojársele por esto del disfrute de los beneficios, ya que se le conserva su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

No nos queda duda alguna de que la interpretación del alcance del art. 602 es la que dejamos expuesta; y si cupiera sobre ello alguna desconfianza, nos la desvanecería el extremo de que quedarán, sin embargo, subsistentes las *demás* servidumbres que sobre la finca cercada estuvieren establecidas. ¿Por qué han de tener éstas carta de privilegio y no han de seguir la misma ley que la que el Código quiere que sea también servidumbre, ya que la regula en el capítulo de las servidumbres voluntarias? O mejor dicho, ¿cómo no se amoldan unas y otras al criterio que impera en la sección del Código que trata de los modos de extinguirse

toda clase de servidumbres, y con arreglo al cual se da la justa y recíproca intervención á todos los interesados en aquéllas?

No admite, pues, defensa el artículo que examinamos, considérese el aprovechamiento de pastos como un caso de comunidad ó como una servidumbre, y además contradice visiblemente la doctrina del art. 388, que autoriza el cerramiento de las fincas rústicas, sin perjuicio de las servidumbres constituídas sobre aquéllas.

No basta acotar simplemente la finca ó señalarla por hitos ó mojones; es preciso cercarla por medio de pared, tapia ó seto, para que se entienda libre de la comunidad de pastos y se la excluya del disfrute colectivo de éstos, por los ganados de los restantes comuneros; así lo ha entendido también la sentencia de 25 de Septiembre de 1889, al interpretar el núm. 7.° del art. 607 del Código penal.

Terminada la comunidad por parte del que ha cercado, nace para él la verdadera servidumbre de pastos, según antes la hemos entendido, es decir, se convierte en dueño dominante, sin reciprocidad de prestaciones, por poder utilizar, á favor de sus animales, los pastos que rindan las fincas de sus antiguos copartícipes, y éstos en propietarios sirvientes, ya que les queda sólo entonces la carga de sufrir el aprovechamiento que, de sus predios, hace el primero.

No hay necesidad de explicar el concepto de la palabra «vecino» porque el art. 601 es dependiente del 602; y, por tanto, en las comunidades que se estipulen en lo sucesivo, ha de fijarse necesariamente los nombres y circunstancias personales de los vecinos, siendo insuficiente la designación de esta condición para entenderse constituída en forma la comunidad de pastos.

Creemos sin vacilación que, aun dado el silencio sobre el particular del art. 602, éste no podrá aplicarse sino en los casos que ocurran en adelante, es decir, con relación á las comunidades de pastos que se establezcan desde el 1.° de Mayo de 1889. Se introduce por aquél una legislación nueva, y de su práctica se seguirían indudables perjuicios á los dueños de los predios no cercados, porque se les quitarían medios de alimentar sus ganados en la medida en que venían haciéndolo hasta el momento en que uno de los comuneros cerró su finca. Y además han de continuar sufriendo un gravamen, sin derecho á compensación, y es

justo que se les respete la facultad adquirida cuando convinieron todos en asociarse, con el expresado objeto, según las reglas que entonces le señalaba el Derecho, á la sazón vigente.

Por la falta, pues, de expresión del art. 602 deberá acudirse á la disposición transitoria primera del Código, de aplicación general, como ya sabemos, á no exceptuarla clara y terminantemente uno de los preceptos de aquél.

***

Según lo que ya en otra parte tenemos advertido, el art. 603 alude á otra forma del aprovechamiento de pastos, distinta de la que hasta ahora venimos examinando. Algo da á entender, en efecto, el cambio de palabras que se nota entre dicho precepto y los artículos 600, 601 y 602, al mencionar éstos la comunidad y aquél la denominada servidumbre de pastos; por lo cual juzgamos que ésta es la que el Código establece como tal servidumbre, es decir, aquella en que hay una ó varias personas que gozan del derecho de aprovechar los pastos para su ganado, de fincas pertenecientes á otros (predio sirviente), sin reciprocidad de derechos de la misma naturaleza; el *jus pascendi*, en una palabra, del Derecho romano. Hasta la índole misma del derecho que se regula en el art. 603 induce á sostener tal opinión; pues si se aplicara á la comunidad de pastos la facultad de redención de que se trata, existiendo ya la de poder librarse de la comunidad uno de los partícipes, si cierra con tapia ó seto su finca, vendría á darse la concurrencia de dos facultades con un mismo objeto, una de las cuales representa indudables ventajas para quien la ejercita, y la otra significa la idea de justa compensación, que aspira á establecer el Código, determinando la redención por la entrega del importe del valor de la servidumbre de pastos y si no por la capitalización del precio de éstos á razón del 4 por 100 anual, con lo que no pueden resultar perjudicados ni el propietario de la finca ni el de los ganados. Muy cándido habría de ser, por consiguiente, quien, formando parte de una comunidad de pastos, optase por redimir su predio del aprovechamiento de éstos, teniendo en su mano recurso tan cómodo y tan favorable para él, por todos conceptos, como el del cerramiento de su propiedad, que además de significarle la ventaja de librarla de la confusión con las otras, evitándola de estar expuesta á toda

clase de invasiones, no le priva por eso de ningún beneficio de los que venía hasta entonces disfrutando; mientras que con la redención habría de desembolsar un capital mayor ó menor, sin que por ello se le reserve el derecho del aprovechamiento de pastos para sus ganados en las fincas no redimidas. Los gastos del cerramiento, en el primer caso, seguramente no le arredrarán, cuando puede hacer aquél hasta de seto y compensarlos, en gran parte, con los rendimientos que después le proporcionen los pastos de su finca cercada, en beneficio de sus mismos ganados exclusivamente ó de los de tercera persona, que pudiera tomárselos en arriendo ó disfrutárselos en cualquiera otra forma, mediante el debido precio. La letra y el espíritu, por tanto, del artículo 603 nos obliga á sostener que éste no alude á la mancomunidad de pastos, de que se ocupan los anteriores artículos, sino á la verdadera servidumbre que, por convenio, última voluntad ó prescripción se hubiera constituído debidamente, sintiendo no estar conformes, en consecuencia, con la opinión del respetable jurisconsulto Sr. Sánchez Román (1), quien considera que las facultades reguladas por los artículos 602 y 603 se han establecido *alternativamente* con el objeto de no hacer eterna la situación de *indivisión* para el fin de pastos en las propiedades á que alcance la comunidad, facilitando los medios adecuados á hacer desaparecer ese estado confuso y gravoso para la propiedad. Ni esa forma alternativa da á conocer el modo como están redactadas ambas disposiciones, ni su colocación en el Código así lo indica, ni tampoco las razones filosóficas antes apuntadas que, en nuestro humilde juicio, deben parecer convincentes á los que sin apasionamiento las aprecien. De modo que, aun queriendo conceptuar el legislador español como servidumbre la comunidad de pastos, indudablemente consideró como otra clase de gravamen *distinto* el referido en el art. 603; y sólo á él aplica el medio de redención en la forma que se determina. Así viene á concordar dicho precepto con el del art. 546 (núm. 6.º) del Código, según el cual, las servidumbres se extinguen también por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

---

(1) *Estudios de Derecho civil* (2.ª edición), tomo III, páginas 650 y 651.

Ya en el art. 5.° del proyecto de ley de 6 de Octubre de 1834, sobre propiedad rural, sometido á informe de las Audiencias y de las Sociedades Económicas, se decía que en los terrenos cedidos ó enajenados por los pueblos á los particulares, con la reserva expresa de sus pastos ú otros aprovechamientos para los ganados del común de vecinos, será permitido al dueño rescatar esta carga, bien sea por el precio alzado en que se estimare el valor capital de los provechos reservados, bien sea constituyendo un censo ó canon de 3 por 100 correspondiente al capital de su estimación y redimible de una vez por entero á voluntad del dueño mismo, y cuyas cantidades corresponderán al fondo de Propios. Y el art. 7.° de la ley de 15 de Junio de 1866, sobre redención de censos y otras cargas, dispone que los poseedores de fincas gravadas con aprovechamiento de pastos ó de cualquiera otra naturaleza, que no participen del carácter censual, constituídos á favor de pueblos ó Corporaciones, cuyos bienes estén comprendidos en las leyes vigentes de desamortización, podrán solicitar la redención de dichos aprovechamientos en los mismos términos prescritos para los censos, siempre que no se hayan declarado por el Gobierno ó se declaren en virtud de petición hecha en el término de un año, de uso general y gratuíto, cuya disposición confirman las sentencias del Tribunal Contencioso-administrativo de 25 de Enero y 10 de Junio de 1889.

El valor de la servidumbre (según el tecnicismo legal) á que se alude en el párrafo primero del art. 603, es el que se haya fijado de antemano en el título constitutivo; por eso se dice en el apartado segundo que, «á falta de convenio», regirá una fórmula, digámoslo así, de redención legal, averiguando el capital que haya de entregarse al dueño ó dueños de los predios dominantes, por medio de personas técnicas ó lo más entendidas que sea posible encontrar en el ramo agrícola, las que tasarán lo que valgan anualmente los pastos de la finca que trata de redimirse, cuyo importe ha de considerarse como el rédito, á razón del 4 por 100 de un capital, que es la incógnita que se busca; pues es sabido que, conociendo la cuantía del importe de los réditos, y la razón de éstos, ha de deducirse, por una sencilla operación aritmética, la suma que produce aquellos réditos y que, en el caso presente, es la que ha de ser devuelta como precio de la redención.

Como ya se demostró que la práctica del citado art. 603 com-

prende una idea justa, sin perjuicio para el propietario dominante ni para el sirviente, no hay inconveniente alguno en aplicarlo aun á las servidumbres de pastos constituídas antes de la vigencia del Código civil, porque, aunque el derecho de redención mencionado aparece declarado ahora por primera vez (al menos en la forma en que hoy se establece), y aunque el hecho que lo origine (que es la constitución de la referida servidumbre) se verificara bajo la legislación anterior, no lesiona en lo más mínimo cualquier otro derecho de igual origen. Así, la sentencia de 11 de Noviembre de 1892, que hemos citado al analizar el artículo 600, comprende un caso de redención de servidumbre establecida antes de 1.º de Mayo de 1889, punto de partida de una nueva legislación civil, graduándose dicha redención por nuestro art. 603.

El Código portugués (art. 2.266), que es de las contadas compilaciones extranjeras que se ocupan de la materia de pastos, permite sólo la redención por el importe de su justo valor cuando la carga es perpetua y resulta constituída por un título particular.

Encontramos la misma diferencia entre las comunidades de pastos de que se ocupan los artículos 600 y 602 y la que enuncia el 601, que la que existe entre las cosas de derecho privado y las de uso público, entendiendo por éstas, para los efectos presentes, las definidas en el núm. 1.º del art. 339, como destinadas al uso de todos los individuos de un Estado, y las también comprendidas, como de uso público de las provincias y pueblos, en el artículo 344. Si la mancomunidad de pastos tiene lugar en terrenos de la primera clase, podrán gozar de ella los que acrediten la cualidad de ciudadanos españoles; si se refiere á predios del segundo carácter, los individuos que la disfruten corresponderán á la provincia de que se trate ó gozarán de la cualidad de vecino, según la define el art. 12 de la ley municipal vigente. No se excluyen, pues, de tales comunidades más que las fincas de propiedad particular y las de dominio privado y patrimonial del Estado, la provincia ó el Municipio, que estas entidades pueden enajenar y ceder en aprovechamiento, conforme á la conveniencia de los intereses públicos y según reglas estatuídas por el Poder administrativo.

Muy natural y lógico es que las relaciones jurídicas que naz-

can con motivo del aprovechamiento de terrenos públicos, se rijan por la legislación encargada de mirar por todo lo que á dichas relaciones, con vista del bien é interés comunales, hace referencia; por esto el art. 601, aun copiando casi fielmente el 2.263 del Código de Portugal, sienta un principio que sería innecesario, si no fuera por el deseo de dejar exentos de toda duda los conceptos más claros del Código.

Las Reales órdenes de 17 de Mayo de 1838 y 8 de Enero de 1841 hicieron que se respetaran, en todo caso, el uso y mancomunidad de los pastos públicos, y que las demarcaciones de límites entre provincias, partidos ó términos municipales no alterasen los derechos de mancomunidad de los pueblos en los prados, pastos, abrevaderos y demás usufructos que siempre hubieren poseído en común, según lo ya dispuesto en el art. 5.° del Real decreto de división territorial de 30 de Noviembre de 1833 y en el 11 del cap. I de la Instrucción que, con la misma fecha, se dirigió á los Subdelegados de Fomento, no obstante lo cual debe reservarse al Ayuntamiento de cualquiera de tales pueblos, que pretenda corresponderle el usufructo privativo para sus vecinos en todo ó parte de su término municipal, el derecho de que podrá usar ante el Tribunal competente; pero sin alterar la referida posesión y aprovechamiento común hasta que judicialmente se declare la cuestión de propiedad. También se ordena que, interpretando en forma debida el Decreto de 1813, se abstengan los Alcaldes y Ayuntamientos, bajo su más estrecha responsabilidad, de ejecutar ó consentir el acotamiento ó adehesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento común de uno ó más pueblos, sin que preceda la competente facultad con arreglo á lo que previene la ley de 3 de Febrero de 1823, para la adopción de cualesquiera arbitrios. No deben considerarse pastos comunes los propios de los pueblos, ni los baldíos arbitrados, ni los ejidos, prados y dehesas boyales destinados para cada pueblo en particular, aunque se aprovechen en común, á tenor de lo preceptuado en el art. 2.° del Real decreto de 23 de Septiembre de 1836 y disposición 4.ª de la expresada Real orden de 1838.

Ordena la regla 3.ª de la Real orden de 2 de Mayo de 1854, que los pastos y aprovechamientos de los terrenos comunes deben disfrutarse con sujeción á las reglas establecidas en las Orde-

nanzas municipales de cada pueblo, ó á la práctica y costumbre.

La Real orden de 6 de Febrero de 1875 declaró que el disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales no puede hacerse extensivo á los que no sean vecinos.

La ley Municipal vigente de 2 de Octubre de 1877 contiene varios preceptos aplicables al caso que analizamos. Así, el artículo 75 declara, como atribución de los Ayuntamientos, arreglar para cada año el modo de división, aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales del pueblo, los cuales, cuando no se presten á ser utilizados por todos los vecinos, serán adjudicados, por lo que se refiere á su disfrute y aprovechamiento, entre aquéllos exclusivamente mediante pública licitación, previas las tasaciones necesarias y la división en lotes, si á ello hubiere lugar; siendo también el espíritu de la referida ley exigir el carácter de vecindad para el aprovechamiento de tal clase de bienes. Téngase presente que el hallarse éstos sujetos á arbitrios no les quita su condición de comunes, según enseña repetidamente la jurisprudencia administrativa. Si los aprovechamientos fueran susceptibles de utilización general, se procederá como disponen las reglas 2.ª, 3.ª y 4.ª del mencionado art. 75. También, con arreglo al 80, pueden los Ayuntamientos formar entre sí y con los inmediatos asociaciones y comunidades para los aprovechamientos vecinales, constituyendo una Junta, compuesta de un delegado por cada Ayuntamiento, y presidida por un Vocal que aquélla elija. El art. 90 dice que los pueblos que, formando con otros término municipal, tengan territorio propio, aguas, pastos, montes ó cualesquiera derechos que les sean peculiares, conservarán sobre ellos su administración particular, constituyéndose, al efecto, una Junta, según las reglas establecidas en los artículos 91 al 96 también de la ley Municipal, y con arreglo, en cuanto á dicha administración, á las prescripciones de aquélla, poniendo en conocimiento de la Corporación en pleno las infracciones que se cometan sobre el particular, como competente sólo la última para establecer las Ordenanzas de policía.

Con fecha 8 de Mayo de 1888 se promulgó la ley llamada de Dehesas boyales, en la que se confirma el derecho que por las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856 se reconoció á los pueblos para solicitar que se exceptúen de la desamortización

los terrenos de aprovechamiento común y gratuito de sus vecinos y los que se hallen destinados ó se destinen al pasto de los ganados de labor, sin que pueda concederse excepción de terrenos para dehesas boyales, cuando se haya otorgado para aprovechamiento común, á menos que los pueblos solicitantes justifiquen que estos últimos no producen pastos suficientes para los ganados de labor. Pueden exceptuarse, como fincas destinadas á dehesas boyales, así las de propios como las de aprovechamiento común, si concurren las circunstancias de que produzcan pastos y que el pueblo no tenga exceptuadas otras que los produzcan en la cantidad acomodada al número de cabezas de ganado de la localidad, quedando en la categoría de bienes de aprovechamiento común las fincas procedentes de Propios que se exceptúen para dehesas boyales, y no pagando otro impuesto que el que á aquella clase de bienes corresponda. La Instrucción dictada con fecha 21 de Junio de 1888 para el desarrollo de la ley antes mencionada, contiene todos los detalles que pueden examinarse en cada caso que sobre el particular ocurra, y principalmente el procedimiento que conduzca á la declaración de excepción de dehesas boyales.

De modo que, en síntesis, el régimen jurídico de las comunidades de pastos en terrenos públicos lo establecerán los respectivos Ayuntamientos, conforme á los moldes legales de la legislación municipal, bajo la dependencia de los organismos superiores, en los casos en que así proceda; valiéndose, al efecto, de las Ordenanzas ó de bandos de policía rural, si no se cree preferible otro medio de dar publicidad á los respectivos acuerdos. Y cuando los terrenos de los pastos correspondan á las povincias ó al Estado nacional, se tendrán en cuenta las disposiciones legislativas que quedan anotadas, como de aplicación general, y las demás que pueden examinarse en una compilación administrativa.

***

El Derecho foral nos proporciona muchas especialidades con respecto á la servidumbre ó comunidad de pastos. Así, por ejemplo, en Navarra existe la servidumbre que se disfruta en terreno privado, imperando en el Fuero el principio de permitirse sólo por voluntad del dueño, estén cerradas ó abiertas las

heredades y haya en ellas ó no frutos, y exceptuándose sólo el caso de heredades abiertas después de cogido el fruto y cuando estuvieran cubiertas las plantas á que pudiera perjudicar el ganado. Hay además la servidumbre pública conocida con el nombre de *pastos de feceria,* por la cual algunos pueblos limítrofes, llamados por esto *feceros,* se unen para aprovechar determinados pastos ó todos los vecinales, según antiguos usos ó costumbres, ó por expreso convenio. Los ganados de dichos pueblos pueden pastar los rastrojos hasta las eras, de sol á sol, no perjudicando los frutos ni los prados caballares ó boyales; pero no pueden entrar, por razón de *pasturas,* en el término extraño que exista entre dos villas feceras *(trasfumo),* ni en las mieses, ni acercarse á las legumbres á menor distancia de una *pértiga.* Si la *feceria* es entre pueblos que no tienen términos conocidos ni deslindados, pueden los ganados del uno pacer las hierbas y beber las aguas en el otro, y si hay montes en dichos términos, usar de ellos como si ambos pueblos no fuesen más que uno. Véanse, para mayores ampliaciones, los capítulo I al XXII, tít. I, libro VI del Fuero de Navarra.

En Guipúzcoa, según los capítulos I y II, tít. XL del Fuero, cualquiera clase de ganados que salga por la mañana de sus establos puede pacer las hierbas y beber en cualquier tierra y montes, de sol á sol, retornando por la tarde á sus moradas, sin que ningún propietario pueda impedir dichos pastos y abrevadero, cerrando su heredad, á no ser que la tuviera plantada de viña, manzanos ó convertida en vivero, huerto ó sembrado, desde Santa María de Agosto hasta la Navidad inmediata, y sin que ganado de clase alguna pueda pacer, ni de día ni de noche, hasta después de cuatro años de cortados los árboles llamados montes *jarales.*

Aun habiéndose aplicado al antiguo reino de Aragón el Código civil, creemos digno de anotar en superficiales rasgos, por su importancia, como elemento tradicional, la servidumbre de pastos allí conocida y que, como en Navarra, tiene los caracteres de privada y pública. Consiste la primera en el derecho de apacentar ganados en terrenos ajenos, imposibilitando á sus dueños para reducir á cultivo los que, en tal forma, se hallen gravados, así como el sujetarlos á otra servidumbre en perjuicio de la anteriormente establecida, á no ser, en cuanto á la primera limitación, que el gravamen se hubiera creado por la costumbre y no

cuando lo hubiera sido en virtud de contrato. La servidumbre pública se denomina *alera foral* y consiste en el derecho recíproco de los vecinos de un pueblo á introducir sus ganados á pastar en los términos de los pueblos inmediatos. Pueden utilizarla también los pastores para sus animales, siempre que los lleven con los de sus amos y no pasen de cuarenta. Se goza en los pueblos inmediatos por los puntos donde confrontan, de sol á sol y de era á era, no pudiendo, pues, los ganados pernoctar fuera de sus términos municipales, bajo multa; y se exceptúan de ellas las huertas, el *boalar* (cuyo nombre recibe un terreno vedado con destino al pasto de los ganados de labor, aunque puede constituirse una servidumbre que también se denomina del propio modo), y las tierras en cultivo hasta que se hayan levantado los frutos. Para que sea posible el ejercicio de la servidumbre *alera foral,* está prohibido el acotar, cerrar, roturar ó plantar terrenos en donde aquélla antes estuviera constituída con consentimiento de sus dueños, á no ser que, sin embargo de las roturaciones ó plantaciones, se establezca entrada libre de los ganados.

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1871 declaró que no se opone á la relacionada servidumbre de pastos el Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, que consideró perpetuamente cerradas y acotadas las propiedades particulares. Y, con referencia también á Aragón, se consignó en sentencias de 15 de Diciembre de 1861, 24 de Noviembre de 1862, 12 de Mayo de 1865, 4 de Mayo de 1868, 28 de Mayo de 1869, 8 de Febrero de 1870 y 27 de Febrero de 1871, que no se debe impedir á los vecinos de un pueblo el aprovechamiento de los pastos que venían disfrutando en mancomunidad, en tanto que en el juicio de propiedad no obtengan declaración en contrario los vecinos de otro pueblo; que las autoridades administrativas en materia de pastos y demás aprovechamientos comunes, así como con relación á las servidumbres públicas, tienen que limitarse á mantener el último estado posesorio, correspondiendo á los Tribunales resolver las cuestiones sobre posesión y propiedad, y, á lo sumo, á las referidas autoridades compete deslindar y acotar las servidumbres públicas de pastos, abrevaderos, caminos y pasos de labor, en el caso de que las usurpaciones sean recientes y de fácil comprobación.

Por lo que ya en otra parte tenemos dicho, estos principios de jurisprudencia son, por entero, aplicables á la legislación civil común, y aun á la establecida por nuestro novísimo Código.

ART. 604. Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

Concordancias.—Igual al art. 608 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Las reglas que, sobre redención de servidumbres de pastos, hemos establecido en el comentario del art. 603, como aclaración de las que éste consigna, han de aplicarse asimismo cuando se trate de redimir los aprovechamientos de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular, no constitutivos, tampoco, de verdaderas servidumbres, según lo expuesto en la de pastos, que damos por reproducido para evitar repeticiones fatigosas. Mas, ¿qué montes legalmente reciben esta denominación? ¿Cuáles son los demás aprovechamientos sobre ellos, á que alude el anotado art. 604?

Son montes de propiedad particular, según el art. 1.° de la ley de 24 de Mayo de 1863 y el de igual número del Reglamento dictado para la ejecución de aquélla, con fecha 17 de Mayo de 1865, los que no pertenecen al Estado en nombre de la Nación, á los propios y comunales de los pueblos y á las Corporaciones ó Establecimientos públicos dependientes del Gobierno, hallándose sometidos al dominio privado. Según el decreto de 14 de Enero de 1812, restablecido por la ley de 23 de Noviembre de 1836, los dueños de monte de dominio particular quedan en plena y absoluta libertad de hacer en ellos lo que más les acomode, y, por tanto, de cortar sus árboles y vender sus maderas á quien quisieren, declarándose aquéllos cerrados y acotados perpetuamente y pudiendo sus dueños cercarlos y aprovechar como quieran los frutos y producciones, dejando libre el paso de caminos

reales y de travesías ó servidumbres, cañadas y abrevaderos, como también el disfrute de caza y pesca, disposiciones confirmadas por el art. 3.º de las Ordenanzas generales de Montes de 22 de Diciembre de 1833. Y se dispuso en orden de 24 de Mayo de 1865 que, con arreglo á la legislación vigente, los particulares dueños de montes que no confinen con otros públicos, ó que, aun confinando, los tengan deslindados y amojonados en debida forma, no necesitan obtener licencia para aprovechar los productos de sus fincas; principios todos los expuestos que no envuelven novedad científica alguna, porque enseña elementalmente el Derecho civil que el propietario puede hacer en sus cosas todo lo que quiera y pueda, salvo las restricciones que le impongan las leyes, en beneficio del interés público.

Bajo el sentido, pues, de tales disposiciones generales, el dueño de un monte puede disponer los aprovechamientos del mismo en la forma que mejor le plazca, con el dueño dominante, constituyendo servidumbre (usufructo parcial en el rigorismo científico) por convenio, última voluntad ó prescripción, y sujetándose uno y otro dueño, en todo lo demás, á las reglas obligatorias del Código en materia de servidumbres, y á las de detalle, ó que se dejan á la libre estipulación de los interesados. Son, en efecto, las servidumbres (según el Código) que comprende el art. 604, de carácter voluntario y ejemplo de las infinitas que pueden concertar los propietarios entre sí. A ellas resultan, pues, aplicables las prescripciones pertinentes del capítulo del Código en que nos encontramos, además de la del art. 603 sobre redención.

Son múltiples los aprovechamientos que puede proporcionar un monte, objeto todos ellos, por tanto, de servidumbre, sin que obste el comprender los primeros substancias orgánicas que es posible obtener, respetando la integridad del monte, según lo que ya expusimos al explicar el precepto general del artículo 600, acerca de comunidad de pastos. La legislación administrativa sobre montes públicos refiere, en efecto, aprovechamiento de árboles, pastos, frutos, resinas, leñas, productos del carboneo, espartos, etc. El producto anual, pues, de los que sean objeto de la servidumbre de que se trata, tasado pericialmente, es el que determinará el rédito de 4 por 100 del capital que ha de entregarse en señal de redención.

Cumpliendo lo ofrecido en la ley de 11 de Mayo de 1888, al final de la base 13, que indica el criterio que ha de seguirse sobre servidumbres («se procurará, á tenor de lo establecido en la base primera, la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y Provincias Vascas»), la alusión á la servidumbre de leñas á que alude nuestro art. 604 debió de hacerse en vista de la especialidad del Derecho foral aragonés (hoy común) sobre el particular. En tal país existía la servidumbre de leñas, que consistía en el derecho de tomar de terreno ajeno la leña necesaria al consumo de la familia, siendo preciso que el gravamen se hubiera constituído por cualquier medio legal. El propietario de monte ó terreno sujeto á la servidumbre de leñas, podía reducirlos á cultivo para proveer á las necesidades de su familia, aunque aquélla se hubiera adquirido mediante el pago de un canon anual.

BIOLOGÍA DE LA SERVIDUMBRE

NACIMIENTO

La servidumbre reconoce como origen.....

- *A)* La voluntad de los particulares:
  - *a) Título* ó, en su defecto, escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó sentencia firme (servidumbres continuas no aparentes: no edificar, no levantar; y servidumbres discontinuas: paso, desagüe).
  - *b) Título ó prescripción de veinte años,* á contar, en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente, y en las negativas desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre (servidumbres continuas y aparentes: luces y vistas, acueducto, vertiente de tejados, estribo de presa, parada y partidor).
  - *c) Signo aparente* establecido por el propietario de dos ó más fincas durante la consolidación del dominio de éstas, que no se haya hecho desaparecer antes del otorgamiento de la escritura, ó no se exprese la inexistencia de la servidumbre en el título de enajenación de cualquiera de las fincas. (Art. 541.)
- *B)* La ley.

Derechos y obligaciones de los dueños del predio dominante y del sirviente.

Disposición general de las servidumbres voluntarias.

Los derechos del dueño del predio dominante y las obligaciones de el del sirviente se determinarán por el título ó por la posesión, ó en su defecto, por las disposiciones del título de servidumbres. (Art. 598.)

Derechos del dueño del predio dominante.

1.° Ejercer todos los derechos necesarios para la vida de la servidumbre. (Art. 542.)

2.° Hacer á su costa en el predio sirviente las obras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre. (Art. 543.)

Obligaciones del dueño del predio dominante.

No alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa al ejecutar las obras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre, eligiendo para ello el tiempo y forma convenientes. (Art. 543.)

Derechos del dueño del predio sirviente.

Variar la servidumbre si por razón del lugar asignado primitivamente ó de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegare ésta á ser muy incómoda ó le privare de hacer obras, reparos ó mejoras importantes, ofreciendo otro lugar ó forma igualmente cómodos y no perjudicando á los que tengan derecho á la servidumbre. (Art. 545, § 2.°)

Obligaciones del dueño del predio sirviente.

1.° Contribuir á los gastos de las obras necesarias para el ejercicio y conservación de la servidumbre si se utilizare en algún modo de ella. (Art. 544, § 2.°)

1.° Consolidación ó reunión en una misma persona de la propiedad del predio dominante y del sirviente. (Artículo 546, núm. 1.°)

2.° No uso de veinte años, desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto de las discontinuas (paso) y desde la ejecución de un acto contrario á la servidumbre respecto á las continuas (vertiente de tejados, estribo de presa, vistas y las negativas). (Art. 546, núm. 2.°)

3.° Estado de los predios que impida el ejercicio de la servidumbre, si bien renacerá ésta cuando dicho estado lo permita, á no ser que entre tanto se haya extinguido por prescripción. (Art. 546, núm. 3.°)

4.° Llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre es temporal ó condicional. (Art. 546, núm. 4.°)

5.° Renuncia del dueño del predio dominante. (Art. 546, núm. 5.°)

6.° Redención. (Art. 546, núm. 6.°)

Modo especial de la servidumbre de paso.

No necesidad del paso por reunión de la finca dominante á otra contigua á camino público ó apertura de camino que dé acceso á la finca enclavada. (Art. 568.)

TÍTULO VIII

Del Registro de la propiedad.

CAPÍTULO ÚNICO

Basta examinar la ordenación de secciones ó tratados en el índice de materias del libro II de nuestro Código civil, para que el medianamente versado en la ciencia jurídica, adivine á qué obedece el tratarse en el último título de dicho libro del Registro de la propiedad. Comprende, en efecto, tal libro II el examen legal, bajo el aspecto del Derecho privado, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, aunque también pudiera añadirse, según lo dicho, y »de su registro ó inscripción».

De suerte que en la parte del Código en que se examina la institución del dominio, bajo su sentido más amplio y general, sin referencia más que á sus principales modificaciones ó limitaciones (pues ya en el oportuno lugar hicimos ver por qué no se examinaban las que, implicando igual idea de restricción, se reservaba tratarlas para el libro IV, por constituirse más frecuentemente por medio de contratos), lógico debe parecer que, como tratado complementario ó

apéndice á lo anteriormente regulado, se indique, aunque muy compendiosamente, la existencia de un mecanismo, oficina ó centro público llamado á dar la alerta ó voz anunciadora de cómo en la práctica se encuentra distribuído dicho dominio, y cuáles son las modificaciones á que se halla sujeto, para conocimiento de todos los que, no habiendo intervenido en el otorgamiento ó formalización de los actos adquisitivos ó extintivos del primero, ni en los que han producido las segundas, necesitan para su conveniencia de un punto de partida seguro y de plena garantía en las transacciones en que piensen entrar acerca de los bienes ó derechos anotados en el expresado Registro. Y, si bien en éste, según la legislación vigente, se hacen constar asimismo, con principal especialidad, las diversas modalidades del derecho de hipoteca (modificación ésta también, al fin y al cabo, del dominio), es siempre más exacta y comprensiva la denominación de Registro de la propiedad, que la antigua de Contaduría de hipotecas, aun inscribiéndose en ella actos que no se referían á las últimas, las cuales representan la especie dentro del género propiedad.

Al tratar de la personalidad, como sujeto del Derecho civil, en el libro primero del Código, á su final se dió, en líneas generales, el concepto de un Registro en el que habían de hacerse constar forzosamente todos los actos concernientes al estado civil de las personas, para que surtan los efectos debidos en las relaciones jurídicas; así también, en el presente lugar, se da por creado, con existencia ya establecida de tiempos anteriores, un Registro de la propiedad, aunque no haciendo obligatorias en él las inscripciones, según ocu-

rre en el primer caso, por el carácter de Derecho público que tienen las cuestiones relativas al nacimiento, matrimonio, legitimación, reconocimientos, defunciones y naturalizaciones de las personas individuales ó sociales, en su caso.

En el principio y consideraciones expuestas no debe de haber, pues, duda ni oposición de género alguno. Ahora, en si el Código debió ó no dar mayor extensión á la materia que comprende este título octavo, ó trasladar á él todo la más fundamental de la ley Hipotecaria, y aun hacer á ésta formar parte íntegramente del Código, podrán variar las apreciaciones de cada tratadista, y, en efecto, varían. También creemos nosotros que, puesto ya el legislador español á consignar algunas reglas cardinales sobre el objeto y alcance del Registro de la propiedad, como son las que comprenden los artículos 606 y 607, pudo bien, y con indudable oportunidad y acierto, añadir algunas otras prescripciones de igual carácter, que hicieran resaltar dichos objetos y explicasen mejor el mecanismo de la expresada oficina y la índole jurídica de la inscripción, anotaciones preventivas y cancelaciones, dejando para el cap. III, tít. XV, libro IV del Código, donde se trata del gravamen de hipoteca, los preceptos más fundamentales de la ley citada, relacionados con tal materia.

Por de pronto, en las circunstancias que la realidad imponía á dicho legislador, al publicarse el Código, no era factible, á no peligrar el nacimiento de éste, tratar de incorporarle íntegramente una ley como la Hipotecaria, respecto á la que todos convienen que la primera vez que se toque ha de ser para hacerla objeto de mu-

chas y muy radicales reformas, como la experiencia y necesidades de los tiempos vienen indicando, en bien de la seguridad de la contratación y del crédito territorial, cada día más asombroso por el progreso y extensión de sus múltiples manifestaciones.

En el examen aislado de cada uno de los preceptos que constituyen el único capítulo de este título, ya comprobaremos cómo no han aportado novedad alguna á nuestro Derecho patrio, siendo una simple trascripción, la mayor parte, de disposiciones traídas del vigente Código hipotecario.

ART. 605. El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción ó anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Novísima Recopilación, ley 1.ª, título XVI, libro 10.*—Por quanto nos es hecha relacion, que se excusarían muchos pleytos, sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos é hipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo qual encubren y callan los vendedores; y por quitar los inconvenientes que desto se siguen, mandamos que en cada ciudad, villa ó lugar donde hobiere cabeza de jurisdiccion, haya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las qualidades susodichas; y que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme á ellos, ni sea obligado á cosa alguna ningun tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal registro no se muestre á ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe, si hay ó no algun tributo ó venta, á pedimento del vendedor.

Ley 2.ª—El Consejo, en consulta de 11 de Diciembre de 1713,

expuso que los Señores Reyes Doña Juana, D. Carlos I y D. Felipe II, por sus Pragmáticas en Toledo y Valladolid los años de 1539 y 1558 (ley anterior) ordenaron etc. (lo expuesto): que de su inobservancia se habían seguido y seguían innumerables perjuicios.....; y que para la mayor seguridad de los registros, el Oficio haya de estar en los Ayuntamientos de todas las ciudades, villas y lugares; y que los instrumentos se hayan de registrar por los Escribanos de Ayuntamiento, interponiendo los Jueces ordinarios su autoridad, así para el registro como para la saca; y que si acaeciese, como cada día sucede, perderse los protocolos y registros, y los originales, que se tenga por original qualquier copia auténtica que de dicho registro se sacase, á fin de que se evite el grave daño que en esta parte se experimenta.....: y porque de la guardia y custodia de estos registros depende la conservacion de los derechos de todo el Reyno y de los vasallos; que no sólo hayan de estar en las Casas Capitulares, sino también á cargo de las Justicias y Regimiento de ellos.....

Véanse asimismo las leyes 3.ª y 4.ª de los referidos título y libro.

Ley Hipotecaria vigente.—Art. 2.º En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos de dominio de los de inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Segundo. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

Tercero. Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen algunos bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligación de trasmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

Cuarto. Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes.

Quinto. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando, sin tener

ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban.

Sexto. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las Corporaciones civiles ó eclesiásticas, con sujeción á lo establecido en las leyes ó reglamentos.

Art. 5.° También se inscribirán en el Registro los documentos ó títulos expresados en el art. 2.°, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el número 4.° del mismo artículo, pronunciadas por Tribunales extranjeros á que debe darse cumplimiento en el Reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

COMENTARIO.—La disposición transcrita refiere expresamente el objeto del Registro de la propiedad, lo cual no hace la ley Hipotecaria, aunque se deduzca así del conjunto de sus preceptos y de la luminosísima Exposición de motivos que la precede; y, por esto, el art. 605 es el que más propiamente inicia esta sección del Código, sin que en absoluto pueda conceptuarse redundante su contenido, ni comprenda por ello doctrina que se aparte en lo más mínimo de la que contiene la referida ley especial, á la cual sigue en su espíritu y letra. Véanse si no los artículos que quedan anotados en los *Precedentes legales,* cuya refundición substancial encontramos en el que nos toca al presente comentar.

Muchos precedentes podrían encontrarse, aun en las legislaciones antiguas, de normas legales que envolvían idea análoga á la que persigue el moderno Registro de la propiedad; porque en todos tiempos se hubieron de tocar las consecuencias de no otorgar publicidad á actos y contratos sobre bienes inmuebles, cuya índole y modalidades tan principal punto de partida constituyen en las transacciones posteriores sobre los mismos bienes ó derechos á ellos referentes. De la antigua Grecia se cita que las columnas de los edificios y los hitos ó mojones en el campo ostentaban, á modo de pública inscripción y advertencia, los distintos gravámenes que estaban impuestos sobre la respectiva finca. El objeto del *Tabelión* en Roma, para dar autenticidad ó fe pública á las relaciones jurídicas, era una satisfacción práctica de la expuesta necesidad.

Hasta en el Derecho foral español hay asomos de algo que al Registro moderno se parece, como sucede en Cataluña, con la anotación de los bienes de los criminales, para evitar su ocultación, según Pragmática de Pedro III, y en Aragón con el antiguo registro de las compras de bienes en los libros de los Jueces ordinarios. Pero no comienzan los verdaderos antecedentes de la institución hasta que se promulgan las leyes de la Novísima Recopilación que quedan anotadas al pie de nuestro art. 605, y en las que los Monarcas Carlos I, Felipe II y Carlos III consideraron ya forzosamente remediable el estado de cosas que producía la carencia de un Centro en el que constaran las diferentes cargas que gravitaban sobre las casas y heredades compradas. Entonces, por el pronto, corregía este inconveniente la Contaduría de hipotecas que, al efecto, se creó en todas las cabezas de partido; y entonces también estaba aquel nombre mejor apropiado, porque respondía á la naturaleza de las inscripciones que en dicha oficina, á cargo de los Escribanos, se hacían. Por esto, la institución del Registro de la propiedad, con toda la comprensiva extensión que indican estas palabras, puede decirse que sólo, por fin, llega á establecerse en España al ponerse en vigor la ley Hipotecaria de 10 de Febrero de 1861, que comenzó á regir en 1.° de Enero de 1863, y es la misma que hoy se aplica, aunque con las no fundamentales reformas de 3 de Diciembre de 1869 y 17 de Julio de 1877.

Multitud de disposiciones gubernativas se dictaron antes respecto á los plazos en que habían de presentarse á inscripción las escrituras registradas y á los medios de hacer más accesible y fácil aquélla á los interesados; pero no conceptuamos su reseña importante, ni menos de resultado práctico alguno al fin que nos proponemos, de tratar muy sucintamente los principios generales que, sobre Registro de la propiedad, contiene el Código.

En los tratados ó comentarios especiales sobre la materia hipotecaria, podrán hallarse mayores ampliaciones y la historia detallada de los trámites por que fué pasando dicha institución, pues decididos á escribir sobre los caracteres que hoy tiene ésta, su manera de funcionar, principios que rigen su mecanismo, distintos sistemas de organización del Registro, principalmente el del acta Torrens, doctrina de la jurisprudencia gubernativa y judicial sobre cada uno de los actos ó contratos registrables, con los

efectos jurídicos que á tercero pueden producir, modalidades de las inscripciones, anotaciones y cancelaciones, medios supletorios de la titulación de fincas, liberación de gravámenes, derecho transitorio con relación á lo legislado anteriormente á la ley Hipotecaria vigente, etc., etc., en fin, lo que es hoy objeto de meritísimos trabajos, contenidos algunos en ocho ó diez abultados volúmenes, valdría tanto como exponer todo el abundante y muy extenso programa de materias de dicha ley, con lo que nos sustraeríamos al propósito que tuvimos al emprender estos estudios, y al del legislador, que, al ser tan parco en la enunciación de principios relacionados con tales problemas, quiso abandonar á la ley especial toda clase de desenvolvimientos.

***

El Registro existe hoy con los dos fines á que se alude en la Exposición de motivos de la ley de su creación: dar á conocer el verdadero estado de la propiedad inmueble, historiando, digámoslo así, las diversas fases por que va pasando aquélla, en cuanto á sus poseedores, transacciones de que es objeto y gravámenes que se la imponen, y además, «el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no será ineficaz la hipoteca», asentando sobre sólidas y garantizadoras bases el crédito territorial, y todo con sujeción al principio fundamental de publicidad, según el cual, al que inscriba un derecho real sobre bienes inmuebles sólo pueden interesarle ó perjudicarle actos legales que resulten del mismo Registro, porque en tanto es segura la garantía que por el hecho de la inscripción se otorga en su favor, en cuanto han de constar de los propios libros, y al lado precisamente del asiento destinado á cada finca, las modificaciones que respecto al dominio ó demás derechos reales que á la misma afecten hayan sido convenidas, consideración más oportunamente aplicable á los que no intervinieron en tales relaciones jurídicas, y los cuales exclusivamente deben de atenerse á lo que resulte escrito en los libros, sin que les importe lo que fuera de ellos se haya estipulado por los verdaderos interesados en el acto ó contrato escrito.

El art. 605 habla de la «inscripción» y de la «anotación». La primera, como idea general, abarca en sí á la segunda, porque la

inscripción comprende toda clase de asientos en los Registros y, por tanto, también las cancelaciones. La palabra anotación tiene un significado especial y genuino en la ley Hipotecaria, sobre todo añadiéndole el calificativo de «preventivas», siendo entonces, según exacta definición de un distinguido tratadista, «unas inscripciones provisionales de efectos más ó menos transitorios, cuyos fines consisten, ya en asegurar las resultas de un juicio, ya en garantir la efectividad de un derecho perfecto, pero no consumado, ya en preparar una inscripción más definitiva y permanente», como las del que demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitución, declaración, modificación ó extinción de cualquier derecho real; la del que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor; la del que, en cualquier juicio, lograre sentencia ejecutoria condenando al demandado; la del que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles; la del que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.º del artículo 2.º de la ley; la del legatario que no tenga derecho, según las leyes, á promover el juicio de testamentaría; la del acreedor refaccionario mientras duren las obras que sean objeto de la refacción; la del que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable ó por imposibilidad del registrador, y la del que, en cualquier otro caso, tuviere derecho á exigir dicha clase de anotaciones, conforme á lo dispuesto en la ley. Han sustituído aquéllas á las antiguas hipotecas judiciales, y con nombre más apropiado á su objeto, porque *previenen* provisionalmente de cualquier inmediato y apremiante perjuicio que, de otra suerte, podría recibir el que se encontrara en los referidos casos. De modo que, según éstos, la anotación no es inscripción, tanto por exigir la última mayores solemnidades al formalizarse y ser mucho más extensos é importantes sus efectos jurídicos, cuanto porque la primera prepara muchas veces la segunda ó hace las veces provisionalmente de ésta.

Los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles que pueden ser inscritos, hállanse

enumerados con toda claridad en los artículos de la ley Hipotecaria, anotados en los *Precedentes legales*. Además, según los artículos 1.º y 2.º del Reglamento para la ejecución de aquélla, son también inscribibles las adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, las concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otros semejantes, ó bien cualquier acto y contrato legítimo que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego ó en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales, el usufructo conocido en Aragón con el nombre de Viudedad (hoy admitido é incorporado al Código civil), el contrato denominado en Cataluña «Heredamiento universal», y otros semejantes, siempre que hayan de surtir los expresados efectos, las actas expedidas por el respectivo diocesano ó de su orden, que acrediten haberse realizado la conmutación de los bienes de las capellanías colativas, declaradas subsistentes, con arreglo al convenio de 24 de Junio de 1867 é Instrucción de 25 del propio mes. Y por virtud de distintas prescripciones del novísimo Código civil, también habrán de inscribirse la demanda de separación de bienes entre cónyuges y la sentencia firme en que se declare aquélla, siempre que recayere sobre bienes inmuebles (art. 1.437); los arrendamientos de bienes raíces que hayan de producir efectos con relación á terceros (art. 1.549); la cesión de un crédito, derecho ó acción, si ha de tener también aquel alcance, y comprende bienes inmuebles (art. 1.526); el documento en que se constituya hipoteca (art. 1.875), aunque esto ya lo tenía dispuesto la ley Hipotecaria; la anotación de todos los bienes raíces sujetos á reserva, que el viudo ó viuda ha de inventariar, al repetir el matrimonio (art. 977); la fianza hipotecaria del tutor (art. 257); las escrituras hechas para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados, si han de producir efecto contra terceros (art. 1.219), y algunos otros que en los casos especiales se determinen. Pero obsérvese que la mayor parte de los casos particular y minuciosamente enumerados puede comprendérseles, sin inconveniente alguno, en el alcance y espíritu de la prescripción general del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, ó sea entre los títulos en que se constituyan, reconozcan, trasladen, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y *otros cualesquiera reales;* pues el dominio

es tan derecho real como aquéllos, ó mejor dicho, el principal, que comprende y abraza á los demás, como el todo comprende á la parte. Por eso debe decirse que, para que goce el título del beneficio de la inscripción en el Registro de la Propiedad, se requiere, en síntesis, que comprenda derechos reales y sean éstos impuestos sobre bienes inmuebles; porque, aun algunos actos que no tienen la naturaleza científica de derecho real, como sucede con el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que excede de seis años, adquieren aquélla al ser inscritos, según enseña la jurisprudencia hipotecaria.

Téngase presente que el concepto de bienes inmuebles, que ya hemos explicado dentro del Código civil, ha de restringirse, para los efectos de la inscripción, con la salvedad de que no se tengan por de tal condición las inscripciones de la Deuda pública y las acciones de Bancos y Compañías mercantiles, aunque sean nominativas.

La inscripción puede pedirse indistintamente por el que transmita el derecho, por el que lo adquiera, por quien ostente la representación de cualquiera de ellos y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir; y puede ser extensa y concisa, según que comprenda todos los requisitos del art. 9.° de la citada ley, ó sólo alguno de los que se determinan especialmente en ciertos artículos, como los 234, 235 y 236 de aquélla y el 98 de su Reglamento, según la forma indicada en el 26 de éste.

En cuanto á las anotaciones preventivas, rigen reglas especiales, que se exponen en el tít. III de la ley, y en el de igual número del Reglamento.

Se extinguen unas y otras inscripciones en perjuicio de tercero, sólo mediante la cancelación ó la inscripción de la transferencia del dominio ó derecho real inscripto á favor de otra persona. Habrá lugar á la cancelación total cuando se extingan por completo el inmueble objeto de la inscripción ó el derecho inscripto, y cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hizo aquélla ó la de la inscripción por faltarle alguno de los requisitos esenciales; y á la cancelación parcial cuando se reduzca el inmueble ó el derecho inscripto á favor del dueño de la finca gravada.

La inscripción ha de hacerse de documentos públicos, no pri-

vados, y viene á constituir una especie de síntesis del título, no transcripción del mismo, según se practica en otros sistemas de Registro.

El Registro de la propiedad se lleva en libros foliados y uniformes, que se forman bajo la dirección del Ministerio de Gracia y Justicia, y son: uno llamado Diario, donde en el momento de presentarse cada título, se extenderá un breve asiento de su contenido y por el orden de presentación en el Registro, denominándose, por este motivo, los asientos «*de presentación*», y los libros que correspondan á cada término municipal, uno por cada Ayuntamiento, con los posteriores que haya necesidad de utilizar después de cubierto el primero. Los asientos relativos á cada finca se numeran correlativamente, abriéndose un registro particular para cada una, y siendo, de ella, la primera inscripción la que se pida, siempre que sea de traslación de propiedad, y si no es de este carácter, se trasladará al Registro la última de dominio que se haya hecho en los libros antiguos á favor del propietario cuya finca quede gravada por la nueva inscripción; todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores se asentarán á continuación del referido primer asiento. La inscripción será, por tanto, una ampliación detallada de lo que, en substancia y superficialmente, comprenda el respectivo asiento del Diario. Hay, además, otros libros de los cuales el más principal es el de incapacitados, y varios auxiliares. Los Registros dependen exclusivamente del Ministerio de Gracia y Justicia y del Centro directivo creado en aquél con tal objeto, siendo los Presidentes de las Audiencias territoriales los inspectores de los Registros de su demarcación, y pudiendo, con este fin, practicar en ellos visitas, ya por sí ó por otros funcionarios judiciales. Los Registradores de la propiedad proceden de un Cuerpo de aspirantes, formado por oposición, y ejercen su cargo, previa prestación de una fianza de cuantía variable, y con la asignación de honorarios que establece el oportuno Arancel, siendo responsables civil y criminalmente de todos los daños y perjuicios que ocasionen.

Es lógico, dada la existencia en el Registro de libros correspondientes á cada término municipal, que los inmuebles y derechos reales á ellos afectos han de inscribirse en la Oficina dentro de cuyo territorio radiquen aquéllos, estando establecidos Registros en todos los pueblos cabeza de partido judicial, aunque esta

regla ha sufrido últimamente alteraciones, suprimiéndose algunos Registros en puntos donde existía Juzgado de primera instancia, y creándose en otros que no tienen capitalidad judicial. De todos modos, no podrán suprimirse ni crearse sino mediante una ley, y para alterar la circunscripción territorial que corresponda á cada uno de ellos, deberá acreditarse el motivo de necesidad ó de conveniencia pública, que se hará constar en expediente, donde será oído el Consejo de Estado.

Estas son las principales disposiciones de la ley Hipotecaria y de su Reglamento que más precisas y oportunas hemos creído en este momento, para dar una idea lo más concreta y clara, al mismo tiempo que elemental, de lo que es hoy el Registro de la propiedad, de la clase de actos y contratos que en él se anotan y del mecanismo de las operaciones á tal fin encaminadas; en correspondencia con lo que de nosotros exige el poco explícito y muy vago art. 605 del Código civil.

ART. 606. Los títulos de dominio, ó de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos ó anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican á tercero.

Concordancias.—Análogo al art. 1.558 del proyecto de Código de 1851.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ley Hipotecaria.* — Art. 23. Los títulos mencionados en los artículos 2.° y 5.° que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero.

La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma.

Exceptúanse los casos de herencia testada ó intestada, mejora y legado cuando recaiga en herederos necesarios.

COMENTARIO.—En el art. 606 anotado puede decirse que se halla contenido todo el alcance y razón de ser del Registro de la Propiedad, al propio tiempo que el valor jurídico de las inscrip-

ciones que en él se realizan. Por algo se ha llamado á la ley Hipotecaria ley de terceros. De lo cual se infiere que si hubiéramos de consignar en este comentario todas las consideraciones y ampliaciones á que se presta tan importantísimo tema, expondríamos casi toda la doctrina, tanto legislativa como gubernativa, judicial y de apreciación en materia hipotecaria. En la imposibilidad de emprender esta tarea, nos limitaremos á lo que baste como indicaciones para encontrar en su correspondiente lugar el complemento y verdadero desarrollo de dicha interesante cuestión.

La idea que representa el tercero para los efectos del Registro es la del público, la del conjunto restante de personas que no han figurado para nada en los títulos sujetos á inscripción. Por esto se necesita de la publicidad del Registro, pues si no existiera declarada resultaría tiránica é injusta una prescripción que hacía trascender á personas extrañas asientos que no estaba en su mano conocer, ni por tanto, tener presentes en las relaciones jurídicas que formalizaran sobre los bienes ó derechos inscritos secretamente.

El que compra, adquiere á su favor una hipoteca ó una fianza, hereda, etc., va á enterarse de los libros correspondientes porque está penetrado de que todo cuanto de ellos aparezca ha de perjudicarle ó favorecerle, por el hecho solo de la *pública inscripción*, sin que pudiera ser nunca admisible la excusa que alegase de desconocer el contenido de ellos ó de haber dado al olvido su examen en un caso dado. Por esto se dice en la Exposición de motivos de la ley Hipotecaria, como ejemplo, «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso: si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos: si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». Y dice la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1885 que siendo uno de los principales fundamentos y objetos de la ley Hipotecaria el de la publicidad de las cargas ó gravámenes que afectan á la propiedad inmueble, para que nadie sea responsable de los que ignore, es indudable que, con arreglo á dicha ley, no puede considerarse como tercero al que, si bien no intervino en el acto ó contrato inscrito, tuvo per-

fecto conocimiento al adquirir la finca por él poseída de las cargas impuestas sobre ella; doctrina que está de acuerdo con los principios del Derecho, según los cuales no cabe impugnar aquello que se aceptó sin protesta ó que expresa ó tácitamente se consintió; afirmando la sentencia de 27 de Abril de 1891 que el comprador de un predio sirviente no puede alegar error respecto á la servidumbre, aunque de ésta no se hiciese mérito en la escritura de compra, si aquélla implicaba un gravamen ostensible y manifiesto en la finca; y por tanto, aquel dueño no es tercero.

Bien examinada la parte del tít. II de la expresada ley, que se ocupa de regular los efectos de la inscripción, puede decirse que quedan reducidos éstos al que comprende nuestro art. 606, que enuncia idéntico principio al del 23 de dicha ley, respecto á la consideración de dichos efectos para el llamado tercero; por cuyo motivo se ha dado al primer artículo con especialidad cabida en el Código civil. El art. 23, en efecto, sienta la doctrina general cuyo desarrollo y comprobación exponen los que le siguen hasta el 41 inclusive, sin que el importante art. 33 y su explicación contenida en el siguiente, aludan á un efecto de la inscripción realmente, limitándose á declarar principio no más oportuno quizá en otra parte de la ley, como es el de que la inscripción no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes.

Nada más breve y conciso que dicho art. 23; y, sin embargo, nada más difícil que desentrañar su verdadero sentido y alcance, precisando exactamente la inteligencia de la palabra «tercero». Es ésta la cuestión más transcendental y la más sujeta á discusión, puede decirse, hoy, por los tratadistas y la jurisprudencia, aun siendo objeto de concienzudos estudios, alguno de los cuales constituye monografía de abundantes páginas.

Pronto ha salido del paso el legislador con declarar, en el artículo 27 de la ley Hipotecaria, que es tercero, para los efectos de ésta, aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito; y, sin embargo, con esto casi no se hizo más, según probaremos, que mencionar una condición que dicha persona ha de tener, la de no haber asistido ni tenido parte en el otorgamiento del título que haya de inscribirse. Por de pronto, faltó en el mencionado artículo, entre otras muchas deficiencias que revela, la expresión detallada de una idea que hubiera quedado consignada

con un simple inciso al final de aquél, declarándose que el tercero, además de no tener tal intervención, había de originar, á su vez, el derecho que le asistiera de otro título inscrito. Así se deduce con toda evidencia de la Exposición de motivos, en el párrafo que antes transcribimos, de todo el espíritu de la legislación hipotecaria, de lo que afirman ciertos artículos de la ley como los 34, 36, 38, 65 y 69 del Reglamento y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que, en sentencia de 20 de Junio de 1888, concordante con otras varias, declara que no puede reputarse como tercero para los efectos de la ley Hipotecaria el que carece de título inscrito, como sucede al mero postor en una subasta por orden y cuenta de su poderdante. Expresa, al indicado propósito, un publicista que «si el sistema de la ley es que lo que no conste en el Registro no perjudica al que adquirió del que, según el mismo, no tenía derecho á transmitir y ha inscrito, es evidente que el que reúne ambas circunstancias es el favorecido por la ley, y como ésta es ley de terceros, como tiene por objeto favorecer á éstos, forzosamente el tercero no puede ser otro que el favorecido, ó sea el que ha inscrito adquiriendo de quien, según el Registro, tenía derecho á transmitir». Es opinión nuestra también, ya de antiguo fortalecida, la que parece sostener dicho tratadista sobre la manera de definirse el tercero; es decir, encontramos más aceptable una definición afirmativa que la de negación que contiene el tan citado art. 27, tan inexacta en las comprobaciones á que puede someterse, examinando los restantes preceptos de la ley y del Reglamento, como vacía de sentido y motivo de frecuentes é interesantes dudas sobre los verdaderos efectos de la inscripción ó no inscripción de los títulos en el Registro. Creemos que mejor estaríamos sin la referida definición del art. 27 que con ella.

Por eso estimamos preferible á todas las apreciaciones nuestras que hubiéramos de exponer, acerca de la inteligencia del artículo 606 del Código y de su literal precedente de la ley Hipotecaria, la enumeración de casos prácticos resueltos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; porque, al fin y al cabo, además de ser respetados obligatoriamente, á ellos habrá que amoldarse en los sucesivos análogos que ocurran. Las dificultades existirán con relación á los que no hayan sido previstos de antemano y resueltos por dicho Tribunal; habiendo de dirimirse entonces el conflicto legal según el sentido en que se hubieran

inspirado el legislador y los Poderes encargados de la misión interpretadora y reglamentaria, al regular las contingencias ya tenidas en cuenta y con arreglo al carácter de las disposiciones insertas en la ley.

Según sentencia de 23 de Diciembre de 1885, no puede llamarse tercero al que, habiendo adquirido las participaciones que en un establecimiento fabril tenían proindiviso otros sujetos demandados con él en el pleito, durante el curso del mismo y cuando no era dable alterar la cosa litigiosa, hizo suyas las responsabilidades que por aquéllos se habían contraído, de las cuales tenía, como parte en el litigio, completa noticia. La sentencia de 2 de Abril de 1887 declara que en los actos ó contratos celebrados por el mandatario, no puede el mandante ser tenido como tercero para los efectos de la ley Hipotecaria. Tiene tal consideración, por la sentencia de 27 de Junio de 1887, el que no intervino en la escritura objeto de la inscripción; pero no (sentencia de 21 de Abril de 1888) el que es parte ejecutante y demandada en unos autos de tercería é impugna una escritura traslativa de dominio, título del tercerista, por no estar inscrita, viniendo ésta unida á los autos desde su incoación, sin haberse anotado el embargo del inmueble objeto de la tercería, ni aparecer inscrito su dominio á favor del actor, ni tratarse, en suma, de derecho real alguno que conste en el Registro. Son terceros, por el fallo de 3 de Julio de 1888, respecto de las participaciones de bienes hereditarios, los que no tienen en ellos intervención. Se declara en la sentencia de 31 de Diciembre de 1888 que el donatario no es tercero respecto á la donación; como no lo es tampoco, según sentencia de 12 de Noviembre de 1889, el dueño de un predio sirviente con relación al contrato en que se suponga constituída la servidumbre, á pesar de no hallarse ésta consignada en escrituras ni en documento alguno, ni haberse inscrito ni anotado en el predio dominante ni en el sirviente, si el propietario de éste hiciera oposición al gravamen, el cual vino realizándose á ciencia y paciencia suya, dejando transcurrir el plazo necesario para la prescripción de la servidumbre á favor del otro dueño. Igualmente carece de la condición de tercero el tercerista sucesor y continuador del negocio que tenía planteado el ejecutado, por consecuencia de los contratos en que el primero adquirió del último el inmueble con todos sus dere-

chos, y, con ellos, la obligación hipotecaria (sentencia de 19 de Junio de 1891); hallándose en el mismo caso (sentencia de 27 de Mayo de 1891) los poseedores de fincas gravadas con subforos, pues si bien no intervinieron en la escritura de constitución de éstos, han venido satisfaciendo, como tales subaforatorios, las pensiones asignadas á las respectivas porciones de las tierras que poseen. Tampoco es tercero, con arreglo á la sentencia de 14 de Noviembre del expresado año, la parte de quien no se alega haber tenido conocimiento del acto ó contrato inscrito. Los herederos del comprador, como sostiene la sentencia de 28 de Enero de 1892, no son en definitiva más que los continuadores de la personalidad jurídica de su causante, y no pueden ser considerados en modo alguno como terceros á los efectos del artículo 27 de la ley Hipotecaria, respecto del contrato de compraventa, de que trae su origen la condición de dicho comprador. Por último, la sentencia de 3 de Noviembre de 1892 declara que, en el caso de venta de un inmueble con el pacto de constituir hipoteca sobre el mismo, en garantía del pago del precio, corresponde la cualidad de tercero al cesionario del vendedor, que no habiendo intervenido en el contrato de venta, ni en el de hipoteca, con que se garantizó el crédito por su precio, compró aquél por medio de escritura pública, de la que el cedente dió conocimiento al deudor, sin que conste ni siquiera se haya negado que su título no fuera inscrito, cumpliendo, por consiguiente, las condiciones que para la subrogación en los derechos consignados en el Registro de la propiedad requiere la ley Hipotecaria.

Éstas, entre otras muchas que dejan de insertarse, por no hacer muy extensa la tarea, son las resoluciones que, como ejemplo del criterio mantenido en la jurisprudencia al definir la condición jurídica del tercero, conviene conocer, no pudiendo concederse igual importancia á las resoluciones de la Dirección general de los Registros, toda vez que, según los artículos 66 y 267 de la ley Hipotecaria y Real decreto de 3 de Enero de 1876, dicho Centro sólo puede entender gubernativamente en los recursos que se propongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los registradores y en la solución de las dudas que á éstos ocurran acerca de la inteligencia y ejecución de dicha ley ó de los reglamentos, en cuanto no exijan disposiciones de carácter general que deban adoptarse por el Ministro de Gracia

y Justicia; y como los registradores califican únicamente (artículos 18 y 19 de la ley) la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras, le es imposible y constitucionalmente está vedado á la expresada Dirección general hacer declaración de derechos civiles, cuya misión sólo deben cumplir los Tribunales, en sus respectivas jerarquías; siendo, por tanto, dignas de respeto y forzoso acatamiento las resoluciones que el Tribunal Supremo publique en los casos que sean de su competencia, cuando interprete doctrina legal, supla omisiones ó armonice las contradicciones que se noten en los preceptos legislativos y reglamentarios.

En conformidad con el sentido expuesto sobre el concepto de tercero ha de entenderse el art. 3.º 6 de la ley Hipotecaria, según el cual está prohibida la admisión en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y oficinas del Gobierno, de los documentos ó escrituras cuya toma de razón en el Registro no conste, cuando por ellos se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción y *haya de surtir efecto, en perjuicio de tercero, el derecho que debió ser inscrito,* con dos excepciones que marcan los restantes párrafos del referido artículo. Nunca serán bastantes la prudencia y comedimiento que aconsejamos, en evitación de muy graves consecuencias á los funcionarios judiciales que se vean en la precisión de aplicar tan importante disposición, sin arrostrarse por su aparente tenor literal, á prejuzgar cuestiones que serán quizá las que van á constituir el modo principal del debate litigioso, y que, como de interés privado, por la utilidad ó perjuicio que la no inscripción produjera á los interesados, á éstos toca dilucidar primeramente. Se ha escrito, en nuestra pobre opinión, el citado art. 396, para cuando resulte de toda claridad y evidencia, la consideración de tercero, en el que hace presentación en juicio de un documento que debio de haberse inscrito; y, aun así, no dejamos de encontrar algún tanto violento un precepto que, con el propósito de hacer indirectamente obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad, expone el delicado trámite de la admisión de tales documentos á las aventuras de una apreciación judicial erróneamente hecha, sin las solemnidades y ma-

yores garantías que proporcionan la intervención encontrada de los litigantes y el desarrollo del litigio, según pruebas y alegaciones comprensivas de los opuestos puntos de vista precisos á una solución conveniente y acertada. El mismo Tribunal Supremo apreció la enormidad de admitir sin muchas y oportunas trabas, el precepto prohibitivo expresado de la ley Hipotecaria, cuando de la sentencia de 14 de Noviembre de 1873 se desprende que no habiendo sido objeto de alegación en el juicio la circunstancia de no hallarse inscrito el documento que presente el demandante en comprobación de sus pretensiones, no comete infracción alguna el Juez que hace caso omiso de tal particular.

Con el principio legal expuesto, cuyo desuso advertimos en algunas prácticas judiciales, se da lugar á precipitados acuerdos de Jueces que deniegan la admisión de documentos no inscritos, haciendo calificaciones *a priori* que el mismo Tribunal Supremo y tratadistas más insignes se miran mucho, antes de hacerlas, por referirse aquéllas á cuestiones en extremo difíciles y complejas dentro del complicado mecanismo de la ley Hipotecaria y del Derecho civil. ¿Por qué, si el Juez tiene que esperar á que el demandado alegue ó no la circunstancia de no resultar inscrito el título ó títulos presentados por el actor, no pudo ya haber resuelto al admitir la demanda según se le ordena forzosamente, todos los puntos consiguientes á este trámite, con arreglo á la ley de Procedimiento civil, entre los cuales está el de admisión de documentos acompañados del referido escrito?

No nos permitimos considerar abrogada la ley por una simple declaración de la jurisprudencia, y de atribuir, por tanto, mayor respeto constitucional á un Tribunal sometido, aun dentro de la igualdad jerárquica de los llamados Poderes, al que dicta las leyes con toda la solemnidad y sentido de aplicación general; pero en el caso citado resulta la contradicción entre un precepto legislativo y un fallo interpretatorio de autoridad competente, cuyo caso comprueba además la índole delicada de una disposición que sólo creemos debe de aplicarse con todo el sentido restrictivo posible, que permita su carácter de precepto obligatorio y de forzoso cumplimiento.

El Juez, repetimos, no debe ni puede ejecutar mecánicamente la misión que le impone el art. 396 de la ley Hipotecaria, con solo ver al pie del título presentado en autos la falta de la nota de

quedar inscrito, que está obligado á poner el Registrador, y rechazar, en consecuencia, aquél; ha de discernir: primero, á quién va á perjudicar el documento, y después si esta persona merece la consideración de tercero, según el art. 27 de la ley Hipotecaria y muchos otros con él concordantes y hasta modificativos de su doctrina. Y estas importantes comprobaciones muchas veces implican un estudio y examen de infinidad de textos legales, doctrinales y de jurisprudencia, imposibles de llevar á cabo dentro del apremiante plazo que la ley de enjuiciar señala para admitir las demandas y documentos á ellas anejos, por cuyos motivos hemos creido que era insuficiente toda cautela y madurez de reflexión por parte de los que han de cumplir una disposición que tan caros resultados, é irremediables en algunas ocasiones, puede ofrecer si no guía su ejecución un criterio científicamente acertado. Ocurriendo duda que merezca los honores de razonable, aun á los ojos de una inteligencia timorata, es preferible, y así convincentemente lo aconsejamos, abstenerse de calificar de tercero á la persona á quien pudiera perjudicar un título no inscrito y de denegar la admisión de éste, en su virtud, sin que por ello quede infringido el tan citado art. 396, porque muy fácilmente puede suceder que haya de ser discutido en el pleito ese problema y de resolverse definitivamente en la sentencia como uno de los extremos en tal sentido alegado y solicitado por los interesados.

Completan la doctrina de nuestro art. 606, los 25, 26 y 28, principalmente de la ley Hipotecaria, según los cuales los títulos inscritos no surtirán efecto, en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripción, que por tal se considera la del asiento de presentación, y debe de constar en la inscripción misma; determinándose la preferencia entre dos ó más inscripciones de una misma fecha, relativas á una misma finca, según la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos. También determina el art. 29 que el dominio ó cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones ó anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo, sin perjuicio de la obligación de inscribir especialmente los referidos derechos y de la responsabilidad en que pueda incurrir la persona que, en casos determinados, deba pedir la

inscripción. Entendemos nosotros la referida obligación forzosa sólo para el caso de que quiera acogerse el interesado á los beneficios que otorga la inscripción en el Registro de la propiedad, pues es sabido que la ley no considera obligatoria tal inscripción, aunque la estimule con medidas sancionadoras y remuneradoras para el que inscriba y para el que deje de inscribir.

Al artículo que comentamos le son también aplicables las dos excepciones que enumera el artículo anotado en los *Precedentes legales*, el cual, para ser lógico, debía de contenerlas, cual hace la ley Hipotecaria, pues ó pudo dejarse á cargo de ésta solamente la materia de que trata su art. 23, ó ya que el autor del Código quiso traer á sus páginas el precepto general referente á la definición del tercero, completarla en el propio sentido que lo hace su precedente literal, sin comprender más extensión ni alcance que éste.

Digna de ser expuesta es una resolución de la Dirección general de los Registros de Ultramar, fecha de 28 de Noviembre de 1894, en contestación á una consulta elevada á dicho Centro por un Registrador, y de la que hacemos mérito, dándole la consideración á que en páginas anteriores aludimos, por la importancia que encierra, y dada su reciente publicación. Se consigna en ella, en substancia para nuestro objeto: *a)* que no es conveniente ni debe darse otra definición del *tercero* que la del art. 27 de la ley Hipotecaria, cualquiera que sea el precepto de ésta en que se haga alusión á terceros, á fin de respetar la unidad del texto, y por lo peligroso de todo dualismo aun en las palabras que se emplearan, sin perjuicio de ir resolviendo los casos concretos de duda que ese concepto único del art. 27 provoque en la práctica y subordinándose á él siempre: *b)* que no puede tenerse por tercero al propietario actual de una finca respecto de los gravámenes que sobre ésta pesen y obren, inscritos en el Registro moderno ó antiguo, aunque no sea precisamente dicho propietario el que constituyó tales gravámenes, puesto que al adquirir la finca conocía las cargas inscritas que pesaban sobre ella y su ineludible obligación de respetarlas, manteniéndose vivas, á pesar de los preceptos sobre traslación de inscripciones contenidos en el art. 397 de la referida ley, y, aunque la expresada persona no interviniera en el contrato originario por el cual se creó el gravamen, intervino directamente en un acto ó contrato posterior que le dió la propiedad de

la finca, por el cual se hizo cargo y reconoció forzosamente sus gravámenes legalmente inscritos; y, en su virtud, quien tenga derecho á esas cargas puede, después del año señalado en el artículo 397, mientras la finca permanezca en manos del que antes de ese plazo la poseía, pedir la traslación á los modernos libros, con todos sus efectos, entretanto que la situación legal de la finca sea la misma y otros derechos, realmente de tercero, no se opongan al suyo, único caso en que pierde toda su eficacia la traslación por voluntad del legislador, concretamente manifestada en el párrafo 3.° del art. 397 citado.

ART. 607. El Registro de la propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales anotados ó inscritos.

Concordancias.—Véase el art. 1.885 del proyecto de Código de 1851.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ley Hipotecaria.*—Art. 279. Los Registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos.

Art. 280. Los Registradores pondrán de manifiesto los Registros en la parte necesaria á las personas que, á su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros del oficio y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación.

Reglamento de la ley Hipotecaria.—Art. 154. En el local de cada Registro estará constantemente expuesto al público un cuadro en que, con la debida claridad, se dé á conocer:

1.° Las fechas en que se hayan establecido el antiguo y nuevo Registro.

2.° Los nombres de los Ayuntamientos comprendidos en la demarcación del Registro y de las poblaciones que constituyan cada uno de aquéllos, expresando, si alguna hubiese cambiado de nombre ó fuere conocida con más de uno, todos los que tubiere ó haya tenido desde el establecimiento del Registro.

3.° Indicación del Registro á que hayan pertenecido las poblaciones comprendidas en la demarcación de otro, expresándose la fecha en que se hubiese verificado su agregación al Registro á que últimamente correspondan.

4.° Los nombres de las poblaciones que, habiendo pertenecido al Registro, se hayan segregado de él, con expresión de la fecha y del Registro al cual hayan pasado.

Además, en el propio cuadro se pondrá una advertencia al público, que exprese que los interesados que presenten documentos en el Registro pueden exigir que el asiento de presentación se extienda *en el acto*, y que la inscripción debe estar hecha *dentro de los quince días* siguientes, en la forma que determina el art. 16 de este Reglamento, pudiendo en otro caso reclamar contra el Registrador.

Art. 155. El Registro estará abierto todos los días no feriados, seis horas en cada uno, las cuales señalará previamente el Registrador con aprobación del Delegado, anunciándolo por medio del *Boletín Oficial* de la provincia, de los periódicos oficiales de la localidad donde los hubiere, y de carteles que mandará fijar á la puerta de la oficina del Registro. Se entiende por días feriados aquellos que lo sean para los Juzgados y Tribunales, conforme al art. 889 de la ley sobre organización del Poder judicial.

COMENTARIO.—Es el art. 607 del Código otro de los preceptos que, tal cual se halla redactado, sobraba, si por el 608 siguiente había de quedar en su totalidad vigente la ley Hipotecaria, de cuyo art. 279 es el primero, con una levísima variante, copia literal. Aceptémosle, sin embargo, como expresión de otra de las fundamentales reglas que conviene tener presentes para conocer la índole del Registro de la propiedad.

La publicidad de éste puede entenderse en los dos sentidos á que se refiere la Exposición de motivos de la mentada ley: en el de que, por la aparición del nuevo sistema hipotecario que aquélla implantó, han dejado de existir las hipotecas ocultas, no pudiendo perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad, si no se halla inscrita en el Registro, y por lo tanto, quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que á él sólo es imputable, al que, sin haberla cometido ni podido conocer, adquiera la finca gravada ó

la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; y también en el sentido de que el Registro de la propiedad se franquee á todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes, por lo cual no puedan temerse con este sistema pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito. A este último aspecto de la publicidad que, en realidad, se corresponde lógica y jurídicamente con el primero, según ya tenemos dicho en otro comentario, alude nuestro art. 607 y su concordante de la ley del Registro.

Dicha publicidad tiene lugar ó se muestra en la práctica, ya por medio de la exhibición de los libros á todos los que tengan interés conocido en las inscripciones, ó ya en virtud de las certificaciones que, según el art. 281 de la ley, están facultados para expedir los Registradores, de los asientos de todas clases que existen en el Registro, relativos á bienes que los interesados señalen, de asientos determinados que aquéllos designen, bien fijando los que sean, ó bien refiriéndose á los que existan de una ó más especies sobre ciertos bienes, de las inscripciones hipotecarias y cancelaciones de la misma especie, hechas á cargo ó en provecho de personas señaladas ó de no existir asientos de ninguna especie ó de especie determinada sobre bienes señalados ó á cargo de ciertas personas. Por estas razones, dice el art. 283 de la ley Hipotecaria que la libertad ó gravamen de los bienes inmuebles ó derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero, por medio de las mencionadas certificaciones, las cuales deberán expedirse literales ó en relación.

Los libros del Registro sólo podrán exhibirse á petición verbal del interesado en consultarlos, siempre que indique claramente las fincas ó los derechos cuyo estado pretenda averiguar, pudiendo los particulares sacar las notas que juzguen convenientes para su propio uso, pero sin copiar los asientos ni exigir de la oficina auxilio de ninguna especie, más que la manifestación de los libros. Por estos preceptos, que constituyen la idea de los artículos 225 y 227 del Reglamento para la ejecución de la tan repetida ley, puede venirse en conocimiento de que, tanto la última como el Código civil, han adoptado, acerca de la publicidad

de los Registros, el sistema del Derecho alemán, que hace accesible éstos solamente á las personas que, según el parecer del Registrador, conocidamente ostenten un interés legítimo en averiguar la manera de ser de los asientos é inscripciones; en contraposición al sistema francés, consignado en el art. 2.196 del respectivo Código, según el cual están obligados los Registradores de hipotecas á dar copia *á todo el que la pida* de las actas transcritas en sus Registros y de las inscripciones subsistentes ó certificado de que no existen: sistema que siguen los Códigos de Italia (artículo 2.066), de Méjico (2.040), de Guatemala (2.139), de Portugal (985), varios otros extranjeros, y en nuestra patria lo adoptó ya en su tiempo el art. 1.885 del proyecto de Código de 1851. Cuenta, por tanto, con mayor número de partidarios el segundo sistema, que debiera haberse seguido en nuestros Códigos y ley Hipotecaria, por ser, al fin y al cabo, el más franco y menos expuesto á inconvenientes; además, quedando de todos modos al juicio prudente, pero no limitado, al menos por reglas precisas y terminantes, del Registrador calificar el interés que pueda tener quien trate de averiguar el contenido del Registro, ha de conducir tal facultad casi siempre por conveniencia de unos á otros, á ampliar el principio de publicidad hasta donde lo permite el sistema francés. Por otra parte, nunca ese principio podría dañar interés de ninguna clase, aunque tuviera toda la ampliación debida, dentro de las bases fundamentales del régimen de inscripción de la propiedad en un Centro ú oficina pública, que es para todos espejo fiel y exacto de las diversas modificaciones y relaciones jurídicas á que los bienes y derechos se someten en el transcurso de los tiempos.

Los artículos del Reglamento de la ley Hipotecaria, insertos en los *Precedentes legales*, completan la aplicación de la doctrina contenida en nuestro art. 607 y su precedente obligado.

ART. 608. Para determinar los títulos sujetos á inscripción ó anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Para todo lo que es objeto de inscripción de la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, y para lo que, en una palabra, constituye la materia y motivo de publicación de la ley Hipotecaria, se estará á lo que ésta disponga, con y sin los tres artículos anteriores del Código civil que acabamos de examinar. Así lo dice el artículo transcrito y lo han confirmado una resolución de 28 de Diciembre de 1892 y una sentencia de la misma fecha. Pero para determinar todos los problemas legales á que alude nuestro art. 608, no es realmente la única fuente de derecho positivo aplicable la expresada ley, cuya última reforma data de 17 de Julio de 1877, con el Real decreto de 20 de Mayo de 1878, para su ejecución, y medrados estaríamos si á ella sola nos atuviéramos al solucionar la multitud de dudas graves que su contexto y práctica envuelven. En primer lugar, como complemento suyo, aun en sentido algo más que reglamentario, rige el Reglamento dictado para su ejecución con fecha 29 de Octubre de 1870. Habrá que tener también muy en cuenta, acerca de los referidos objetos, la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos á registro de 9 de Noviembre de 1874; las leyes de 3 de Julio de 1871 y 29 de Agosto de 1873 sobre inscripción de censos, foros, servidumbres y demás derechos de naturaleza real; la ley de 15 de Agosto de 1873 y Real orden de 30 de Abril de 1878 dictando reglas para reproducir los libros del Registro de la propiedad inutilizados ó destruídos por incendio ú otro accidente; la instrucción sobre la manera de practicar las visitas extraordinarias á dichos Registros de fecha 16 de Julio de 1875; el muy importante Real decreto de 20 de Mayo de 1880, en el que se dan reglas para acordar la cancelación de inscripciones sin necesidad de consentimiento de la persona á cuyo favor se hayan hecho, ni de providencia judicial; la Real orden de 17 de Mayo de 1882 sobre cancelación de oficio de anotaciones preventivas; la Real orden, hoy vigente y aclaratoria, en parte muy interesante, de la ley Hipotecaria, de 14 de Junio de 1884 sobre la manera de inscribir la posesión por información judicial, en los casos en que las respectivas fincas resulten ami-

llaradas á favor de persona distinta del poseedor; el Real decreto de 22 de Diciembre de 1887 estableciendo el Arancel, hoy en vigor, de honorarios de los Registradores y reformando el art. 343 de dicha ley, y otra multitud de importantes disposiciones, cuya enumeración se haría muy extensa, y que es forzoso tener muy á la vista y aplicar por necesidad independientemente de la ley Hipotecaria, en la cual suplen vacíos, corrigen defectos de redacción, armonizan contradicciones y prevén casos no comprendidos ni en el espíritu ni en la letra de la misma.

Además, es indispensable, en la gran mayoría de los problemas sometidos á estudio y solución, examinar la abundante y variada jurisprudencia sentada, tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección general de los Registros en lo referente á la forma y efectos de las inscripciones ó anotaciones en general, á la manera de funcionar el Registro y al valor de los asientos de sus libros.

Respecto á comentarios de la ley, ninguno puede aconsejarse, con más confianza y autoridad de la doctrina, que la muy científica y luminosa Exposición de motivos de dicha ley, en cuyo sentido fué ya calificada por el Ministro de Gracia y Justicia, que en 1860 suscribió el proyecto sometido á la deliberación de las Cortes, que recibió más tarde la sanción legislativa, y es el mismo Cuerpo legal vigente hoy en materia de Registro de la propiedad, con las modificaciones establecidas en las fechas antes indicadas.

APÉNDICE ÚNICO

SERVIDUMBRES LEGALES

AGUAS

Ley de 13 de Junio de 1879. — *Título III.* — *De las servidumbres en materia de aguas.*

CAPÍTULO VIII

De las servidumbres naturales.

Art. 69. Los terrenos inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente, sin obra del hombre, fluyen de los superiores, así como la piedra ó tierra que arrastran en su curso. Pero si las aguas fuesen producto de alumbramientos artificiales ó sobrantes de acequias de riego ó procedentes de establecimientos industriales que no hayan adquirido esta servidumbre, tendrá el dueño del predio inferior derecho á exigir resarcimiento de daños y perjuicios.

Los dueños de predios ó establecimientos inferiores podrán oponerse á recibir los sobrantes de establecimientos industriales que arrastren ó lleven en disolución substancias nocivas introducidas por los dueños de éstos.

Art. 70. Si en cualquiera de los casos del artículo precedente que confiere derecho de resarcimiento al predio inferior, le conviniese al dueño de éste dar inmediata salida á las aguas para eximirse de la servidumbre, sin perjuicio para el superior ni para el tercero, podrá hacerlo á su costa, ó bien aprovecharse eventualmente de las mismas aguas si le acomodase, renunciando entre tanto al resarcimiento.

Art. 71. El dueño del predio inferior ó sirviente tiene también derecho á hacer dentro de él ribazos, malecones ó paredes que, sin impedir el curso de las aguas, sirvan para regularizarlas ó para aprovecharlas en su caso.

Art. 72. Del mismo modo puede el dueño del predio superior ó dominante construir dentro de él ribazos, malecones ó paredes que, sin gravar la servidumbre del predio inferior, suavicen las corrientes de las aguas, impidiendo que arrastren consigo la tierra vegetal ó causen desperfectos en la finca.

Art. 73. Cuando el dueño de un predio varíe la salida de las aguas procedentes de alumbramientos, según los artículos 21 y 68, y con ello se irrogase daño á tercero, podrá éste exigir indemnización ó resarcimiento. No se reputa daño el contrariar ó suprimir el aprovechamiento de las aguas sobrantes á los que sólo eventualmente las disfrutan.

Art. 74. Cuando el agua acumule en un predio piedra, broza ú otros objetos que, embarazando su curso natural, puedan producir embalse con inundaciones, distracción de las aguas ú otros daños, los interesados podrán exigir del dueño del predio que remueva el estorbo ó les permita removerlo. Si hubiera lugar á indemnización de daños, será á cargo del causante.

CAPÍTULO IX

De las servidumbres legales.

Sección primera.

De la servidumbre de acueducto

Art. 75. Puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de aguas destinadas á algún servicio público que no exija la expropiación de terrenos. Corresponde al Ministro de Fomento decretar la servidumbre en las obras de cargo del Estado, y al Gobernador de la provincia en las provinciales y municipales, con arreglo á los trámites que prescribe el Reglamento.

Art. 76. Si el acueducto hubiese de atravesar vías comunales, concederá el permiso el Alcalde, y cuando necesitase atravesar vías ó cauces públicos, lo concederá el Gobernador de la pro-

vincia en la forma que prescribe el Reglamento. Cuando tuviese que cruzar canales de navegación ó ríos navegables y flotables, otorgará el permiso el Gobierno.

Art. 77. Puede imponerse también la servidumbre forzosa de acueducto para objeto de interés privado en los casos siguientes:

1.° Establecimiento ó aumento de riegos.

2.° Establecimiento de baños y fábricas.

3.° Desecación de lagunas y terrenos pantanosos.

4.° Evasión ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales.

5.° Salidas de aguas de escorrentías y drenajes.

En los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre, no sólo para la conducción de las aguas necesarias, sino también para la evasión de las sobrantes.

Art. 78. Al Gobernador de la provincia corresponde, en los casos del artículo anterior, otorgar y decretar la servidumbre de acueducto.

Los que se sintieren perjudicados con las resoluciones del Gobernador podrán interponer el recurso de alzada ante el Ministerio de Fomento en el plazo de treinta días, y apelar en su caso á la vía contenciosa, conforme á lo establecido en el artículo 251.

Art. 79. En todo caso deberá preceder al decreto de constitución de las servidumbres, la instrucción de expediente justificativo de la utilidad de lo que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que hayan de sufrir el gravamen y la de los Municipios ó provincias en que radican, en cuanto á éstas ó al Estado afecte la resolución.

Art. 80. El dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre forzosa de acueducto podrá oponerse por alguna de las causas siguientes:

1.ª Por no ser el que las solicite dueño ó concesionario del agua ó del terreno en que intenta utilizarla para objeto de interés privado.

2.ª Por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla, y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

Art. 81. Si la oposición se fundase en la primera de las causas

que se expresan en el artículo anterior, y al hacerla se acompañase justificación documentada de su existencia, podrá suspenderse el curso del expediente administrativo mientras los Tribunales ordinarios no decidan la cuestión de propiedad.

Si la oposición fuese de segunda categoría, ó hecha en otra forma, se tramitará y resolverá con audiencia de los interesados. En toda concesión de servidumbre se entenderá reservado el ejercicio de la vía contenciosa á las personas á quienes el gravamen afecte en su derecho.

Art. 82. Cuando para objeto de interés público se solicitase por particulares la imposición de servidumbre forzosa de acueducto, se procederá en la tramitación de las solicitudes de la manera que previene el Reglamento para la ejecución de la presente ley.

Art. 83. No puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto para objeto de interés privado sobre edificios ni sobre jardines ni huertas existentes al tiempo de hacerse la solicitud.

Art. 84. Tampoco podrá tener lugar la servidumbre forzosa de acueducto por dentro de otro acueducto preexistente; pero si el dueño de éste la consintiere y el dueño del predio sirviente se negare, se instruirá el oportuno expediente para obligar al del predio á avenirse al nuevo gravamen, previa indemnización si se le ocupare mayor zona de terreno.

Art. 85. Cuando un terreno de regadío que recibe el agua por un solo punto, se divida por herencia, venta ú otro título entre dos ó más dueños, los de la parte superior quedan obligados á dar paso al agua como servidumbre de acueducto para riego de los inferiores, sin poder exigir por ello indemnización, á no haberse pactado otra cosa.

Art. 86. La servidumbre forzosa de acueducto se constituirá:

1.° Con acequia abierta cuando no sea peligrosa por su profundidad ó situación ni ofrezca otros inconvenientes.

2.° Con acequia cubierta cuando lo exijan su profundidad, su contigüidad á habitaciones ó caminos, ó algún otro motivo análogo, ó á juicio de la Autoridad competente.

3.° Con cañería ó tubería cuando puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas; cuando las aguas conducidas puedan inficionar á otras ó absorber substancias nocivas ó causar daños á obras ó edificios, y siempre que resulte necesario del expediente que al efecto se forme.

Art. 87. La servidumbre forzosa de acueducto puede establecerse temporal ó perpetuamente. Se entenderá perpetua para los efectos de esta ley cuando su duración exceda de seis años.

Art. 88. Si la servidumbre fuese temporal se abonará previamente al dueño del terreno el duplo de arriendo correspondiente á la duración del gravamen, por la parte que se le ocupa, con la adición del importe de los daños y desperfectos para el resto de la finca, incluso los que procedan de su fraccionamiento por interposición de la acequia. Además, será de cargo del dueño del predio dominante el reponer las cosas á su antiguo estado terminada la servidumbre. Si ésta fuese perpetua se abonará el valor del terreno ocupado y el de los daños ó perjuicios que se causaren al resto de la finca.

Art. 89. La servidumbre temporal no puede prorrogarse, pero sí convertirse en perpetua, sin necesidad de nueva concesión, abonando al concesionario lo establecido en el artículo anterior, previa deducción de lo satisfecho por la servidumbre temporal.

Art. 90. Serán de cuenta del que haya promovido y obtenga la servidumbre de acueducto todas las obras necesarias para su construcción, conservación y limpia. Al efecto, se le autorizará para ocupar temporalmente los terrenos indispensables para el depósito de materiales, previa indemnización de daños y perjuicios, ó fianza suficiente en el caso de no ser éstos fáciles de prever, ó no conformarse con ella los interesados. Éstos ó la Administración podrán compelerle á ejecutar las obras y mondas necesarias para impedir estancamiento ó filtraciones que originen deterioros.

Art. 91. Al establecerse la servidumbre forzosa de acueducto, se fijará, en vista de la naturaleza y configuración del terreno, la anchura que deben tener la acequia y sus márgenes, según la cantidad de agua que habrá de ser conducida.

Art. 92. A la servidumbre forzosa de acueducto es inherente el derecho de paso por sus márgenes para su exclusivo servicio.

Art. 93. Si el acueducto atravesare vías públicas ó particulares, de cualquier naturaleza que sean, quedará obligado el que haya obtenido la concesión á construir y conservar las alcantarillas y puentes necesarios; y si hubiese de atravesar otros acueductos, se procederá de modo que no retarde ni acelere el curso de las aguas, ni disminuya su caudal ni adultere su calidad.

Art. 94. Cuando el dueño de un acueducto que atraviese tierras ajenas solicite aumentar su capacidad para que reciba mayor caudal de agua, se observarán los mismos trámites que para su establecimiento.

Art. 95. El dueño de un acueducto podrá fortificar sus márgenes con céspedes, estacadas, paredes ó ribazos de piedra suelta; pero no con plantaciones de ninguna clase. El dueño del predio sirviente tampoco podrá hacer plantación ni observación alguna de cultivo en las mismas márgenes, y las raíces que penetren en ellas podrán ser cortadas por el dueño del acueducto.

Art. 96. La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el acueducto mismo, de manera que éste no experimente perjuicio ni se imposibiliten las operaciones y limpias necesarias. Las hará oportunamente el dueño del acueducto, dando aviso anticipado al dueño, arrendatario ó administrador del predio sirviente. Si para la limpieza y monda fuese preciso demoler parte de algún edificio, el coste de su reparación será de cargo de quien hubiere edificado sobre el acueducto, en caso de no haber dejado las correspondientes aberturas ó boquetes para aquel servicio.

Art. 97. El dueño del predio sirviente podrá construir sobre el acueducto puentes para pasar de una á otra parte del predio; pero lo hará con la solidez necesaria y de manera que no se amenüen las dimensiones del acueducto ni se embarace el curso del agua.

Art. 98. En toda acequia ó acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad ó edificio á que van destinadas las aguas.

Art. 99. Nadie podrá, sino en los casos de los artículos 96 y 97, construir edificio ni puente sobre acequia ó acueducto ajeno, ni derivar agua, ni aprovecharse de los productos de ella ni de los de sus márgenes, ni utilizar la fuerza de la corriente sin expreso consentimiento del dueño.

Tampoco podrán los dueños de los predios que atravesase una acequia ó acueducto y por cuyos linderos corriese, alegar derecho de posesión al aprovechamiento de su cauce ni márgenes, á no fundarse en títulos de propiedad expresivos de tal derecho. Si por ser la acequia de construcción inmemorial ó por otra causa

no estuviese bien determinada la anchura de su cauce, se fijará según el art. 91, cuando no hubiese restos y vestigios antiguos que la comprueben.

En las acequias pertenecientes á comunidades de regantes se observará sobre el aprovechamiento de las corrientes y de los cauces y márgenes lo prescrito en las Ordenanzas municipales.

Art. 100. La concesión de la servidumbre legal de acueducto sobre los predios ajenos caducará si dentro del plazo que se hubiere fijado no hiciese el concesionario uso de ella después de completamente satisfecho al dueño de cada predio sirviente la valoría según el art. 88.

La servidumbre ya establecida se extinguirá:

1.° Por consolidación, ó séase reuniéndose en una sola persona el dominio de las aguas y el de los terrenos afectos á la servidumbre.

2.° Por espirar el plazo menor de diez años fijado en la concesión de la servidumbre temporal.

3.° Por el no uso durante el tiempo de veinte años, ya por imposibilidad ó negligencia de parte del dueño de la servidumbre, ya por actos del sirviente contrario á ella, sin contradicción del dominante.

4.° Por enajenación forzosa por causa de utilidad pública. El uso de la servidumbre de acueducto, por cualquiera de los condóminos, conserva el derecho para todos, impidiendo la prescripción por falta de uso.

Extinguida una servidumbre temporal de acueducto por el transcurso del tiempo y vencimiento del plazo, el dueño de ella tendrá solamente derecho á aprovecharse de las cosas en su primitivo estado.

Lo mismo se entenderá respecto del acueducto perpetuo cuya servidumbre se extinguiese por no posibilidad ó desuso.

Art. 101. Las servidumbres urbanas de acueducto, canal, puente, cloaca, sumidero y demás establecidas para el servicio público y privado de las poblaciones, edificios, jardines y fábricas se regirán por las Ordenanzas generales y locales de policía urbana.

Las procedentes de contratos privados que no afecten á las atribuciones de los Cuerpos municipales se regirán por las leyes comunes.

Sección segunda.

De la servidumbre de estribo y de parada ó partidor.

Art. 102. Puede imponerse la servidumbre forzosa de estribo cuando el que intente construir una presa no sea dueño de las riberas ó terrenos donde haya de apoyarlas, y el agua que por ella deba tomar se destine á un servicio público ó de interés privado de los comprendidos en el art. 77.

Art. 103. Las concesiones para esta clase de servidumbres se otorgarán por la Administración en la forma y según los términos prescritos en la sección primera de este capítulo.

Art. 104. Decretada la servidumbre forzosa de estribo de presa, se abonará al dueño del predio ó predios sirvientes el valor que por la ocupación del terreno corresponda, y después se le indemnizará de los daños y perjuicios que pudieran haber experimentado las fincas.

Art. 105. El que para dar riego á su heredad ó mejorarla necesite construir parada ó partidor en la acequia ó regadera por donde haya de recibirlo, sin vejamen ni mermas á los demás regantes, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen en la nueva servidumbre.

Art. 106. Si los dueños de las márgenes se opusieran, el Alcalde, después de oirlos y al Sindicato encargado de la distribución del agua, si lo hubiese, ó por falta de éste al Ayuntamiento, podrá conceder el permiso. De la resolución del Alcalde cabrá recurso ante el Gobernador de la provincia.

Sección tercera.

De la servidumbre de abrevadero y saca de agua.

Art. 107. Las servidumbres forzosas de abrevadero y saca de agua solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

Art. 108. No se impondrán en lo sucesivo estas servidumbres sobre los pozos ordinarios, las cisternas ó algibes, ni los edificios ó terrenos cercados con pared.

Art. 109. Las servidumbres de abrevadero y de saca de aguas llevan consigo la obligación de los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de ejercerse aquéllas, debiendo ser extensiva á este servicio la indemnización.

Art. 110. Son aplicables á las concesiones de esta clase de servidumbres las prescripciones que se dejan establecidas para el otorgamiento de las de acueducto; al decretarlas se fijará, según su objeto y las circunstancias de la localidad, la anchura de la vía ó senda que haya de conducir al abrevadero ó punto destinado para sacar agua.

Art. 111. Los dueños de los predios sirvientes podrán variar la dirección de la vía ó senda destinada al uso de estas servidumbres, pero no su anchura ni entrada, y en todo caso sin que la variación perjudique el uso de la servidumbre.

Sección cuarta.

De la servidumbre de camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños.

Art. 112. Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están sujetos á la servidumbre de camino de sirga. La anchura de éste será de un metro si se destinara á peatones y de dos si á caballerías. Cuando lo escarpado del terreno ú otros obstáculos lo exijan, el camino de sirga se abrirá por el sitio más conveniente, pero en este caso, y siempre que el camino penetre en las propiedades colindantes más de la zona señalada al camino de sirga, se abonará á los dueños de aquéllos el valor del terreno que se ocupe.

Art. 113. El Gobierno, al clasificar los ríos navegables y flotables, determinará la margen del mismo por donde haya de llevarse en cada sitio el camino de sirga.

Art. 114. En los ríos que en lo sucesivo adquieran las condiciones de navegables ó flotables, por virtud de obras que en ellos se ejecuten, precederá al establecimiento del camino de sirga la correspondiente indemnización, con arreglo á la ley de Expropiación forzosa.

Art. 115. Cuando un río navegable ó flotable deje permanentemente de serlo cesará también la servidumbre de camino de sirga.

Art. 116. La servidumbre de camino de sirga es exclusiva para el servicio de la navegación y flotación fluvial.

Art. 117. Para los canales de navegación no se impondrá la servidumbre de sirga sino en caso de acreditarse su necesidad.

Art. 118. En el camino de sirga no podrán hacerse plantaciones, siembras, cercas, zanjas ni otras obras que embaracen su uso.

El dueño del terreno podrá, no obstante, aprovecharse exclusivamente de las leñas bajas ó hierbas que naturalmente se crían en él.

Art. 119. Las ramas de los árboles que ofrezcan obstáculos á la navegación ó flotación y al camino de sirga serán cortadas á conveniente altura.

Art. 120. Los predios ribereños están sujetos á la servidumbre de que en ellos se sujeten ó afiancen las maromas ó cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, previa indemnización de daños y perjuicios, así como á consentir el amarre accidental y en casos extremos, de embarcaciones ú objetos flotantes de tránsito, indemnizando también.

Art. 121. Si para precaver que las avenidas arrebaten las maderas ú objetos conducidos á flote por los ríos fuese necesario extraerlos y depositarlos en los predios ribereños, los dueños de éstos no podrán impedirlo, y sólo tendrán derecho al abono de daños y perjuicios. A él quedarán especialmente responsables las maderas ú objetos, los cuales no se retirarán sin que sus conductores hayan pagado ó prestado fianza.

Art. 122. También están sujetos los predios ribereños á consentir que se depositen en ellos las mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio ú otra necesidad urgente, quedando responsables las mismas al abono de daños y perjuicios en los términos del artículo anterior.

Art. 123. Los dueños de las márgenes de los ríos están obligados á permitir que los pescadores tiendan y sequen en ellos sus redes y depositen temporalmente el producto de la pesca, sin internarse en la finca ni separarse más de tres metros de la orilla del río, según el art. 36, á menos que los accidentes del terreno exijan en algún caso la fijación de mayor anchura. Donde no exista la servidumbre de tránsito por las márgenes para los aprovechamientos comunes de las aguas, podrá el Gobernador esta-

blecerla señalando su anchura, previa la indemnización correspondiente.

Art. 124. Cuando los cauces de los ríos ó barrancos hayan de desbrozarse y limpiarse de arena, piedra ú otros objetos depositados por las aguas que, obstruyendo ó torciendo su curso, amenacen con sus daños, se someterán los predios ribereños á la servidumbre temporal y depósito de las materias extraídas, abonándose los daños y perjuicios ó dándose la oportuna fianza.

Art. 125. El establecimiento de todas estas servidumbres, incluso la de tránsito por las márgenes para aprovechamientos comunes de las aguas, compete á la Administración en los grados y términos que queda previsto para los de la sección primera de este capítulo.

Real orden de 5 de Septiembre de 1881.—*Riberas de los ríos; uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.*

En vista de la instancia que ha dirigido el Presidente del Sindicato de cazadores y pescadores de Navarra solicitando que se dicte una disposición que explique cómo debe entenderse el artículo 36 de la ley de Aguas vigente, y fije las atribuciones de la Administración á fin de corregir los abusos que se cometen, S. M. el Rey (Q. D. G.), conformándose con lo propuesto por esa Dirección general, de acuerdo en un todo con el dictamen emitido por la Sección 4.ª de la Junta consultiva de Caminos, Canales y Puertos, ha tenido á bien resolver que, para el debido cumplimiento del referido art. 36 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, se observen las disposiciones siguientes:

1.ª Las riberas de los ríos, ó sean las fajas laterales comprendidas entre el nivel de sus aguas bajas y el que alcanzan en las mayores avenidas ordinarias, así como las márgenes, en una zona de tres metros de ancho, medida horizontalmente hacia el interior, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión á la servidumbre de uso público, en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.

Por consiguiente, los propietarios de las fincas ribereñas no pueden oponerse al ejercicio del derecho que implica dicha servidumbre para los fines indicados.

2.ª A los Alcaldes toca en primer término mantener la servidumbre que la ley impone, obligando á los propietarios ribereños á respetarla, como es también deber suyo proteger á éstos contra los abusos que con tal motivo puedan cometerse.

A este fin comunicarán las instrucciones que estimen oportunas á la Guardia civil y guardas rurales para la inmediata ejecución de sus disposiciones.

3.ª Si ofreciera duda la designación de la zona á que haya de extenderse la servidumbre, el Alcalde del pueblo en cuyo término radique la finca en que esto ocurra, á petición de parte interesada, practicará el deslinde de la zona mencionada; haciendo ante todo constar de una manera auténtica el límite de la ribera, mediante una información de testigos, nombrados por mitad por el Sindicato del Ayuntamiento y el peticionario del deslinde, midiendo después desde el indicado límite de la ribera hacia el interior de las tierras, y horizontalmente, la zona de tres metros á que se refiere el art. 36 de la ley.

4.ª Podrá ensancharse ó estrecharse la zona de esta servidumbre por una ó varias de las causas siguientes:

Primera. Porque la falta de ribera, la inclinación y altura del ribazo que la limite, ó la naturaleza del terreno, haga indispensable mayor anchura de tres metros para la zona en la margen, ó porque la excesiva amplitud de aquélla, por la escasa pendiente del terreno, permita reducir las de éstas.

Segunda. Porque justificadas exigencias del uso público á que la zona se destina requieran mayor anchura de la normal, ó porque el destino ya dado al terreno que debiera ocupar la zona sea causa justa para disminuir esa misma anchura.

Tercera. Porque la escasa importancia de la corriente y la consiguiente reducción de los usos á que pueda destinarse la zona, consientan reducir también su anchura.

5.ª La modificación del ancho de la zona podrá ser promovida á instancia del dueño de la finca, ó de los usuarios de las servidumbres á que se destina, mediante instancia dirigida al Alcalde, el cual, después de publicada la reclamación por un plazo, que no será menor de quince días, practicará el deslinde de la ribera; y teniendo en cuenta lo alegado por el peticionario, y en su caso por los reclamantes, si los hubiere, y asesorándose con informe pericial, determinará en resolución motivada el ancho de

la zona de servidumbre, conciliando en lo posible todos los intereses.

6.ª Tanto en estos casos como en los demás antes señalados, las providencias dictadas por los Alcaldes serán reclamables en todo tiempo ante el Gobernador, quien para resolver deberá oir siempre al Ingeniero Jefe de Caminos, Canales y Puertos y á la Comisión provincial.

De las resoluciones del Gobernador cabe alzada ante el Ministerio de Fomento, conforme á lo que determina el art. 251 de la ley de Aguas vigente.

7.ª Los Alcaldes publicarán por edicto las presentes disposiciones á fin de que nadie alegue ignorancia, y puedan los interesados que lo estimen oportuno promover los deslindes y modificaciones de la anchura de la zona á que se refieren las disposiciones 2.ª, 3.ª y 4.ª

CARRETERAS

Real decreto de 14 de Julio de 1849. — *Reglamento para la ejecución de la ley de 11 de Abril de 1849 sobre las travesías de los pueblos por donde cruzan las carreteras principales.*

CAPÍTULO II

Disposiciones relativas á las obras y á la conservación y policía de las travesías.

Art. 22. Los edificios cercados y terrenos que con arreglo á la traza y alineaciones del plan de travesía deben ocuparse para su mayor ensanche y regularidad, quedan sujetos á la enajenación forzosa de la propiedad particular en el modo y forma que dispone la ley de 17 de Julio de 1836 (1), y la aprobación del referido plan, obtenida por los trámites señalados en el cap. I de este Reglamento, valdrá como declaración solemne de que las obras comprendidas en dicho plan son de utilidad pública.

Art. 23. Para todos los edificios y cercados que se hayan de hacer de nuevo ó que se reconstruyan en la confrontación de las

(1) Hoy rige la ley de 10 de Enero de 1879.

travesías, después de aprobado el plan respectivo, será necesaria traviesa especial, señalándose en ella, para las fachadas, las alineaciones y rasantes que deban darse á la obra, conforme al referido plan.

Art. 24. No podrán señalarse otras alineaciones y rasantes ni modificarse las que resulten del plan aprobado para toda la travesía, tratándose de obras de particulares; pero si éstas fueren de interés público y conviniese introducir alguna variación, deberá ser aprobada de Real orden, previo el oportuno expediente, instruído conforme á lo dispuesto en el art. 1.° de este Reglamento.

. . . . . .

Art. 26. Se considerarán como parte de la vía pública en las travesías, además del firme ó empedrado que constituye su parte principal, las cunetas y alcantarillas de desagüe, las aceras, los paseos laterales, sus arbolados y las demás partes accesorias que exigieren las circunstancias de la población y las topográficas de la travesía.

Real orden de 19 de Enero de 1867.—*Reglamento para la conservación y policía de las carreteras.*

CAPÍTULO I

De la conservación de las carreteras.

Artículo 1.° Los cultivadores de heredades próximas al camino, que ocasionen con sus labores cualquier daño á los muros de sostenimiento, alcantarillas, estribos de puentes y cualesquiera otras obras de aquél, ó laboreen en sus escarpes, incurrirán en la multa de 5 á 20 escudos, además de subsanar el perjuicio causado. Incurrirán en la misma pena cuando se adelanten á cultivar fuera de la zona de su pertenencia.

. . . . . .

Art. 3.° Los dueños de heredades lindantes con el camino no podrán impedir el libre curso de las aguas que provengan de él, haciendo zanjas ó calzadas, ó elevando el terreno de su propiedad.

. . . . . .

CAPÍTULO II

Del tránsito por la carretera.

Art. 15. Los Alcaldes cuidarán, en sus respectivos términos jurisdiccionales, de que el camino y sus márgenes estén desembarazados y sin nada que obstruya el tránsito, especialmente en las travesías de los pueblos.

Art. 16. No podrán los particulares hacer acopios de materiales de construcción, tierras ó abonos, amontonar mieses ni otro objeto cualquiera sobre el camino, sus paseos ó cunetas, ni colgar ó tender en él ropas ni telas. A los contraventores se impondrá una multa de dos á tres escudos la primera vez y doble si reincidiesen.

. . . . . .

Art. 20. No se establecerán tinglados ni puestos en el camino, sus paseos y márgenes, aunque sean para la venta de comestibles, sin la correspondiente licencia.

. . . . . .

CAPÍTULO III

De las obras contiguas á las carreteras.

Art. 29. En las fachadas de las casas contiguas al camino no se colocará objeto alguno colgante ó saliente que pueda causar incomodidad ó peligro á los pasajeros, caballerías y carruajes. En caso de contravención, los Alcaldes señalarán un breve término para que se quiten los estorbos, imponiendo la multa de dos á ocho escudos al que no lo haga en el plazo señalado.

Art. 30. Cuando los edificios contiguos al camino, y en particular las fachadas que le den frente, amenacen ruina, los Alcaldes darán aviso inmediatamente al Ingeniero encargado de la carretera por medio de los peones camineros ó de otro dependiente del ramo de carreteras.

Art. 31. El Ingeniero deberá, á consecuencia de este aviso ó de cualquier otro que llegue á su noticia, reconocer el edificio, ya sea público ó particular, que se crea pueda caer sobre el camino, y si en efecto lo halla en mal estado, dará conocimiento de ello

al Alcalde, expresando si la ruina parece ó no próxima, y advirtiéndole al mismo tiempo si el edificio es de los que, en virtud de alineación aprobada, se halla sujeto á retirar su línea de fachada para dar mayor ensanche á la vía pública.

Art. 32. A menos de 25 metros de distancia de la carretera no se podrá construir edificio alguno, corral para ganados, alcantarilla ni obra que salga del camino á las posesiones contiguas, ni establecer presas, artefactos ó cauces para la toma y conducción, sin la correspondiente licencia.

Tampoco será lícito hacer represas, pozos ó abrevaderos á distancia menor de 25 metros de la parte exterior de los puentes y alcantarillas y de las márgenes de los caminos, ni practicar calicatas y cualquiera otra operación minera á menos de 40 metros de la carretera. Los contraventores incurrirán en la multa de cinco á 20 escudos, además de subsanar el perjuicio causado.

....

Art. 33. Las peticiones de licencia para construir ó edificar en las expresadas fajas de terreno á ambos lados del camino se dirigirán al Alcalde del pueblo respectivo, expresando el paraje, calidad y destino del edificio ú obra que se trata de ejecutar.

Art. 34. El Alcalde remitirá dichas instancias, con las observaciones que estime oportunas, al Ingeniero encargado de la carretera para que, previo reconocimiento, señale la distancia y alineación á que la obra proyectada haya de sujetarse frente al camino, con las demás condiciones facultativas que deben observarse en su ejecución, á fin de que no cause perjuicio á la vía pública ni á sus paseos y arbolados.

Los solicitantes estarán obligados á presentar el plano de la obra proyectada, si el Ingeniero lo cree necesario para dar dictamen con el debido conocimiento.

Art. 35. Los Alcaldes en sus respectivas jurisdicciones, y previo el citado informe del Ingeniero, concederán licencia para construir ó reedificar, con sujeción á la alineación y condiciones que éste hubiese marcado, cuidando de que sean observadas puntualmente por el dueño de la obra.

Art. 36. A los que sin la licencia expresada ejecuten cualquier construcción dentro de la distancia de 25 metros á uno y otro lado del camino, se aparten de la alineación marcada ó no observen las condiciones con que se les haya concedido la licencia, les

obligará el Alcalde á demoler la obra, caso de que perjudique á la carretera, sus paseos, cunetas y arbolados.

.....

CAPÍTULO V

Disposiciones generales.

.....

Art. 46. El presente Reglamento es extensivo en todas sus partes á las carreteras que se conserven por cuenta de las provincias, de los pueblos y de los particulares.

Art. 47. No se reconoce fuero especial ni privilegiado para los que infrinjan las disposiciones del mismo.

Art. 48. Los Gobernadores cuidarán en sus respectivas provincias de que se observen puntualmente estas disposiciones, procediendo contra los Alcaldes que hayan cometido ó tolerado cualquier infracción.

Art. 49. Se entregará un ejemplar del presente Reglamento á cada uno de los Alcaldes de los pueblos por cuyos términos municipales cruce alguna carretera, y asimismo á todos los peones camineros, capataces, guardas y demás empleados del ramo de caminos.

Real orden de 3 de Febrero de 1871. — *Conservación de carreteras.*

Primera. Que las travesías de los caminos ordinarios por el interior de las poblaciones se hallen sujetas con todo rigor á los Reglamentos para la conservación y policía de las carreteras, y que bajo ningún concepto pueden considerarse las calles que las forman como vías puramente urbanas, sino sólo como parte integrante de las mismas carreteras.

Segunda. Que todos los edificios que en las citadas travesías se construyan, modifiquen ó reparen, se hallan sujetos á lo que previene el citado Reglamento respecto á las obras contiguas á las carreteras.

Tercera. Que estas travesías las constituyen las calles por donde se haya construído la carretera ó las que sirvan para unir

ó enlazar dos trozos de una misma carretera, con arreglo á su proyecto, y por las que se establezca la circulación general, aun cuando no se hubiese ejecutado obra alguna.

Cuarta. Que las alineaciones de los edificios de las calles travesías se sujetarán á lo que dispone la ley y Reglamento de 1849, y en los expedientes que puedan formarse por los Arquitectos provinciales ó titulares de los Ayuntamientos para las alineaciones de calles de un pueblo que formen travesía de alguna carretera, han de ser precisamente examinados en último término en las provincias por los Ingenieros jefes, y, en último trámite y resolución, cuando se trate de proyectos de nuevas travesías ó reformas generales de las existentes, por el Ministerio de Fomento.

Quinta. Que la aprobación de las alineaciones ó de los proyectos de cualquiera construcción en las travesías, no exime á los Alcaldes de oir y sujetar las licencias para su ejecución á las reglas y precauciones que los Ingenieros encargados de las carreteras deben dictar con sujeción á lo que mandan los artículos 35 y 36 del citado Reglamento.

Sexta. Que los Alcaldes deben cuidar de que el Reglamento se cumpla con todo rigor y esmeradamente dentro de las travesías de los pueblos, y los Gobernadores recomendar y hacer responsables á los Alcaldes de toda infracción al mismo que toleraran ó no castigaren.

CEMENTERIOS

Real orden de 17 de Febrero de 1886. — *Construcción de cementerios.*

Dada cuenta á S. M. del expediente instruído en esa Dirección general con motivo de la consulta hecha por el Gobernador civil de la provincia de La Coruña á causa de las dificultades que se ofrecen á los Ayuntamientos para emplazar los nuevos cementerios á las distancias marcadas en la Real orden de 19 de Mayo de 1882; oído el parecer del Real Consejo de Sanidad y de la Sección de Gobernación del Consejo de Estado, y teniendo en consideración la urgencia de resolver la indicada consulta, dando con ello solución á las muchas dificultades que de índole parecida surgen continuamente en las provincias, cuyos Ayuntamientos

tienen su población diseminada en caseríos, parroquias y barrios separados entre sí; y atendiendo, finalmente, á que la ampliación que para las disposiciones relativas á inhumaciones y exhumaciones propone la Sección de Gobernación del referido Consejo de Estado han de tenerse en cuenta en la ley de Sanidad, cuya preparación y estudio permite más amplitud de tiempo; la Reina (Q. D. G.), Regente del Reino, de conformidad con lo propuesto por ese Centro directivo, se ha dignado mandar que para autorizar la construcción de nuevos comenterios, tanto en La Coruña como en las demás provincias, se observen las siguientes prescripciones de carácter general:

Primera. Para construir nuevos cementerios será precisa la autorización del Ministro de la Gobernación, previo el oportuno expediente y dictamen razonado del Real Consejo de Sanidad.

Segunda. Este expediente se instruirá por los respectivos Ayuntamientos, oyendo á la Junta municipal de Sanidad y Cura párroco.

Tercera. Se harán constar en el mismo por medio del oportuno plano, autorizado por un Arquitecto, Ingeniero ó Maestro de obras, si en la localidad no hubiese de los primeros, la superficie del cementerio en proyecto, distancia media de la población, orientación contraria á los vientos que más comúnmente reinen en la localidad, fijación de rumbos con gran precisión, y especificando las condiciones geológicas del terreno.

Cuarta. A estos datos deberá agregarse el informe de dos Médicos, en que se hagan constar las condiciones higiénicas del nuevo cementerio, su proximidad á los ríos más inmediatos, acueductos, manantiales, lagunas, etc., y cuanto sea conveniente para poder apreciar las buenas ó malas condiciones del sitio elegido para establecerlo.

Quinta. Se unirá al expediente certificado expresivo del número de defunciones ocurridas en el último decenio, deduciéndose de él el de cadáveres que corresponda al año común.

Sexta. Informe razonado del Ayuntamiento, referido á los años que podrá utilizarse el nuevo cementerio, dado el número de cadáveres que haya que inhumar en cada año.

Séptima. La capacidad del cementerio deberá ser bastante para que pueda utilizarse, cuando menos, por el espacio de veinte años sin necesidad de remover los restos mortales.

Octava. Hechos constar estos datos en el proyecto, y levantado el oportuno plano de edificación, marcando el perímetro que se destine á la capilla, habitación del Capellán y empleados del cementerio, depósito de cadáveres, almacén de efectos fúnebres, sala de autopsias, y cerca destinada al sepelio de los que fallezcan fuera de la Religión Católica, se pasará todo lo actuado al Gobernador, para que, después de oir á la Junta provincial de Sanidad y al Arquitecto de la Diputación, lo eleve á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad.

Novena. *No se dará curso por la Autoridad superior de la provincia á ningún proyecto de construcción de cementerio si el lugar propuesto para emplazarlo no dista cuando menos dos kilómetros de la última casa de la población en el caso de que ésta sea ó exceda de 20.000 habitantes. En las de menor vecindario podrán construirse á 1.000 metros de distancia si el censo no es menor de 5.000 habitantes, y si lo fuere, á 500 metros.*

Décima. Dada la formación de algunos términos municipales cuyo vecindario, en vez de tener sus habitaciones agrupadas, están esparcidas por todo él, sin que pueda elegirse terreno que diste de todas las edificaciones la distancia marcada en las disposiciones precedentes, el Gobierno podrá autorizar la reducción de conformidad con lo que propongan los Ayuntamientos y Juntas de Sanidad, aunque eligiendo en todo caso el lugar más á propósito y que resulte equidistante de todos los caseríos.

Undécima. Llegado el expediente á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad, ésta lo pasará al Real Consejo de Sanidad del Reino para que informe cuanto se le ofrezca y parezca acerca del proyecto y sus condiciones higiénicas; y oído el dictamen del expresado Cuerpo, consultará con S. M. la aprobación ó lo que creyere más justo ó conveniente.

Duodécima. Quedan derogadas todas las circulares y Reales órdenes dictadas acerca de la construcción de cementerios que estén en oposición con lo dispuesto en la presente. La Dirección general de Beneficencia y Sanidad promoverá el oportuno expediente para que, oídas las Autoridades y Corporaciones que deben intervenir en el asunto, se apruebe por S. M. el Reglamento general del orden y régimen interior de los cementerios, recopilando ó reformando las disposiciones que actualmente están en vigor.

Real orden de 16 de Julio de 1888.—*Construcción de cementerios.*

Ilmo. Sr.: Las malas condiciones higiénicas y de capacidad de gran número de cementerios, motivaron en el año de 1884 que se mandasen clausurar 7.186 de los 10.091 que componían el total de los existentes.

Posteriormente, por Real orden de 17 de Febrero de 1886 se acordó la manera de tramitar los expedientes que se promovieran para autorizar la construcción de nuevos cementerios, para que, obedeciendo á reglas generales de higiene, reuniesen todas las condiciones apetecibles, sin riesgo para la salud pública.

Estas dos disposiciones es indudable que han dado un satisfactorio resultado, puesto que desde que fueron acordadas se ha autorizado la construcción de más de 200 cementerios.

Pero como la necesidad de dar mayor impulso á estas construcciones es reconocida como de grandísima conveniencia, el Gobierno se cree en el deber de ampliar y reformar la mencionada Real orden de manera que se den mayores facilidades á los pueblos, á fin de que éstos, en la proporción que les permitan sus recursos y con relación á las necesidades del vecindario, puedan con más brevedad atender á un servicio tan importante y que tanto reclama la higiene pública.

Por estas razones y consideraciones, de acuerdo con lo manifestado por las Direcciones generales de Beneficencia y Sanidad y de Administración local; S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, se ha servido mandar que para la aprobación de los expedientes de nueva construcción de cementerios se observen las reglas siguientes:

Primera. Los expedientes que se promuevan para la construcción de nuevos cementerios, cuyas obras importen 15.000 ó más pesetas, seguirán la tramitación siguiente:

1.° El expediente se instruirá por los respectivos Ayuntamientos, oyendo á la Junta municipal de Sanidad y Cura párroco.

2.° Se harán constar en el mismo por medio del oportuno plano, autorizado por un Arquitecto, Ingeniero ó Maestro de obras, si en la localidad no hubiere de los primeros, la superficie

del cementerio en proyecto, distancia media de la población, orientación contraria á los vientos que más comúnmente reinen en la localidad, fijación de rumbos con gran precisión, especificando las condiciones geológicas del terreno.

3.° A estos datos deberá agregarse el informe de dos Médicos, en que se hagan constar las condiciones higiénicas del nuevo cementerio, su proximidad á los ríos más inmediatos, acueductos, manantiales, lagunas, etc., y cuanto sea conveniente para poder apreciar las buenas ó malas condiciones del sitio elegido para establecerlo.

4.° Se unirá al expediente certificado expresivo del número de defunciones ocurridas en el último decenio, deduciéndose de él el de cadáveres que correspondan al año común.

5.° Informe razonado del Ayuntamiento, referido á los años que podrá utilizarse el nuevo cementerio, dado el número de cadáveres que hayan de inhumarse en cada año.

6.° La capacidad del cementerio deberá ser bastante para que pueda utilizarse, cuando menos, por el espacio de veinte años sin necesidad de remover los restos mortales.

7.° Hechos constar estos datos en el proyecto, y levantado el oportuno plano de edificación, marcando el perímetro que se destine á la capilla, habitación del Capellán y empleados del cementerio, depósito de cadáveres, almacén de efectos fúnebres, sala de autopsias y cerca destinada al sepelio de los que fallezcan fuera de la Religión Católica, se pasará todo lo actuado al Gobernador para que, después de oir á la Junta provincial de Sanidad y al Arquitecto de la Diputación, lo eleve á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad.

8.° *No se dará curso por la Autoridad superior de la provincia á ningún proyecto de construcción de cementerio, si el lugar propuesto para emplazarlo no dista cuando menos dos kilómetros de la última casa de la población, en el caso que ésta sea ó exceda de 20.000 habitantes. En las de menos vecindario podrán construirse á 1.000 metros de distancia si el censo no es menor de 5.000 habitantes, y si lo fuere, á 500 metros.*

9.° Dada la formación de algunos términos municipales, cuyo vecindario, en vez de tener sus habitaciones agrupadas, están esparcidas por todo él, sin que pueda elegirse terreno que esté de todas las edificaciones á la distancia marcada en las disposi-

ciones precedentes, el Gobierno podrá autorizar la reducción, de conformidad con lo que propongan los Ayuntamientos y Juntas de Sanidad, aunque eligiendo en todo caso el lugar más á propósito y que resulte equidistante de todos los caseríos.

10. Llegado el expediente á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad, ésta lo pasará al Real Consejo de Sanidad del Reino para que informe cuanto se le ofrezca y parezca acerca del proyecto y sus condiciones higiénicas; y oído el dictamen del expresado Cuerpo, consultará con S. M. la aprobación ó lo que creyese más justo y conveniente.

Segunda. Cuando el importe de las obras esté consignado en los presupuestos aprobados, la Dirección general de Beneficencia y Sanidad propondrá á S. M., á la vez que la aprobación del proyecto, la autorización para verificar la subasta de contratación en los términos marcados en el Real decreto de 4 de Enero de 1883.

A este efecto, los Ayuntamientos cuidarán de enviar con el proyecto certificación que acredite que el importe del mismo está consignado en el presupuesto aprobado, y los pliegos de condiciones facultativas y económicas que han de servir de base á la subasta.

Cuando, á la vez que los proyectos de obras y pliegos de contratación de las mismas, venga con los expedientes la propuesta de recursos, la Dirección de Beneficencia, antes de proponer acuerdo definitivo, pasará el expediente á la Administración local para que en el término de quince días lo devuelva informado y pueda someterse también este particular á la resolución de S. M.

Tercera. Los proyectos de nueva construcción de cementerios cuyo coste no llegue á 15.000 pesetas se aprobarán por los Gobernadores de las provincias, oyendo á la Comisión permanente de la Diputación provincial.

Cuarta. Los Gobernadores de las provincias quedan autorizados para dispensar á los Ayuntamientos de la construcción de las dependencias que se exigen como necesarias en la disposición primera, cuando la escasez del vecindario y los pocos recursos con que cuente el Municipio imposibiliten al Ayuntamiento de hacer esos gastos; pero en ningún caso podrán dispensar que en los nuevos cementerios haya una modesta capilla, sala de de-

pósito de cadáveres, y un espacio destinado á dar decorosa sepultura á los cadáveres de los que fallezcan fuera del gremio de la Religión Católica.

Quinta. Los Gobernadores de las provincias darán cuenta todos los meses á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad del número de expedientes en curso y de los proyectos que aprueben.

Sexta. La resolución de estos expedientes deberán dictarla los Gobernadores al mes de presentados éstos con los documentos que exige la referida disposición primera.

Séptima. Los Gobernadores de provincia acusarán recibo de esta disposición y darán cuenta de haberla mandado insertar en el *Boletín Oficial*.

COMUNIDAD DE PASTOS

Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813. — *Derecho de cerramiento de fincas rústicas.*

Queriendo las Cortes generales extraordinarias proteger el derecho de propiedad, y que, con la reparación de los agravios que ha sufrido, logren al mismo tiempo mayor fomento la agricultura y ganadería por medio de una justa libertad en sus especulaciones, y por la derogación de algunas prácticas introducidas en perjuicio suyo, decretan:

1.° Todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, ya sean libres ó vinculadas, *se declaran desde ahora cerradas ó acotadas perpetuamente*, y sus dueños ó poseedores podrán cerrarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente, ó arrendarlas como mejor les parezca, y destinarlas á labor, ó á pasto, ó á plantío, ó al uso que más les acomode, derogándose, por consiguiente, cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute á que deban destinarse estas fincas, pues se han de dejar enteramente al arbitrio de sus dueños.

2.° Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán también libres, á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase

podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasación, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesión y engaño con arreglo á las leyes.

3.° Los arrendamientos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes.

4.° En los nuevos arrendamientos de cualesquiera fincas ninguna persona ni Corporación podrá, bajo pretexto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño.

5.° Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos por tiempo determinado, fenecerán con éste sin necesidad de mutuo desahucio y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesión para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duración del contrato; pero si tres días ó más después de concluído el término permaneciese el arrendatario en la finca con la aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y el dueño, aun con el pretexto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca ó faltar á las condiciones estipuladas.

6.° Los arrendamientos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo así avisando á la otra un año antes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesión una vez desahuciado por el dueño. No se entienda, sin embargo, que este artículo hace novedad alguna en la actual constitución de los foros de Asturias y Galicia y demás provincias que estén en igual caso.

7.° El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

8.° Así en las primeras ventas como en las ulteriores, ningún fruto ni producción de la tierra, ni los ganados y sus esquilmos, ni los productos de la caza y pesca, ni las obras del trabajo y de la industria estarán sujetas á tasas ni posturas, sin embargo de cualesquiera leyes generales ó municipales. Todo se podrá vender

y revender al precio y en la manera que más acomode á sus dueños, con tal que no perjudiquen á la salud pública; y ninguna persona, corporación ni establecimiento tendrá privilegio de preferencia en las compras; pero se continuará observando la prohibición de extraer á países extranjeros aquellas cosas que actualmente no se pueden exportar, y las reglas establecidas en cuanto al modo de exportarse los frutos que pueden serlo.

9.° Quedará enteramente libre y expedito el tráfico y comercio interior de granos y demás producciones de unas y otras provincias de la monarquía, y podrán dedicarse á él los ciudadanos de todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca y venderlos al precio que les acomode, sin necesidad de matricularse, ni de llevar libros, ni de recoger testimonios de las compras.

10. En ningún caso ni por ningún título se podrá hacer ejecución ni embargo de las mieses que después de segadas existan en los rastrojos ó en las eras hasta que estén limpios y entrojados los granos; pero se podrá poner interventor cuando el deudor no tenga arraigo y no dé fianza suficiente. Hasta la misma época, y mientras que los granos existan en las eras, no permitirán los Alcaldes y Ayuntamientos de los pueblos que se hagan en ellas cuestaciones ni demandas algunas de granos por ninguna clase de personas, ni aun por los religiosos de las órdenes mendicantes.

11. Se observará puntualmente todo lo demás que se halla prevenido por las leyes á favor de los labradores y ganaderos, en cuanto no sea contrario á lo que se manda en este decreto.

Real decreto de 23 de Septiembre de 1836.—*Derecho de pacer en los pastos comunes de los pueblos.*

Art. 2.° Tampoco se les impedirá pacer en los pastos comunes en los pueblos del trámite en que se les ha permitido hasta ahora, mientras conserven esta cualidad; no entendiéndose por pastos comunes los propios de los pueblos ni los baldíos arbitrados, y salvo el derecho de propiedad sancionado por el decreto de 8 de Julio de 1813.

Real orden de 2 de Mayo de 1854.

La Reina se ha servido resolver que, como disposiciones generales que deberán regir en todos los pueblos del Reino, se observen las reglas siguientes:

.....

Y 3.ª Que los pastos y aprovechamientos de los terrenos comunes deben disfrutarse con sujeción á las reglas establecidas en las Ordenanzas municipales de cada pueblo, y á falta de éstas á la práctica y costumbre que rija por general consentimiento. Respecto del último punto consultado, S. M. se ha servido mandar diga á V. S. que no ha lugar á resolver después de dictadas las disposiciones anteriores.

Ley de 23 de Noviembre de 1836. — *Restablecimiento del Decreto de 14 de Enero de 1812.*

Las Cortes generales y extraordinarias, con el justo fin de redimir los montes y plantíos de dominio particular de la opresión y servidumbre en que por un espíritu de mal entendida protección los han tenido hasta ahora las leyes y Ordenanzas, tan contrarias al derecho de propiedad, como opuestas á la libre acción del interés individual, imposibilitado por ellas de fomentar esta preciosa parte de la agricultura, y deseando que al mismo tiempo que los propietarios entren en el goce de sus legítimos derechos, se eviten á todos los españoles las vejaciones y perjuicios que han sufrido por los Juzgados particulares de este ramo y los abusos de sus dependientes, decretan:

1.° Se derogan y anulan en todas sus partes todas las leyes y Ordenanzas de montes y plantíos en cuanto conciernan á los de dominio particular; y, en su consecuencia, los dueños quedan en plena y absoluta libertad de hacer en ellos lo que más les acomode, sin sujeción alguna á las reglas y prevenciones contenidas en dichas leyes y Ordenanzas.

2.° Los dueños tendrán igual libertad para cortar sus árboles y vender sus maderas á quien quisieren; y ni el Estado ni cuerpo alguno ni persona particular podrá alegar para estas compras privilegio de preferencia ó tanteo ú otros semejantes, los cuales

quedan también derogados, debiendo hacerse los contratos por convenciones enteramente libres entre las partes.

3.° Los árboles destinados á plantíos cuyo suelo y arbolado sean de dominio particular se declaran cerrados y acotados perpetuamente; y los dueños podrán cercarlos y aprovechar como quieran los frutos y producciones, dejando libre el paso de caminos reales y de travesías ó servidumbres, cañadas y abrevaderos, como también el disfrute de caza y pesca.

4.° Queda desde ahora extinguida la Conservaduría general de Montes y todas las Subdelegaciones y Juzgados particulares del mismo ramo, así en las provincias marítimas como en las demás, con todos los visitadores y sus tenientes, auditores, promotores, fiscales, escribanos, guardas, celadores y, finalmente, todos los dependientes y subalternos de las mismas Subdelegaciones y Juzgados, cualquiera que sea su denominación.

Las denuncias que se ofrezcan se pondrán ante las justicias de los pueblos respectivos, y en apelación entenderán las Audiencias territoriales, como de los demás asuntos contenciosos; pero los Jueces que determinen las denuncias no continuarán recibiendo la parte que hasta ahora han recibido en las condenaciones, la cual se aplicará al Fisco.

Real orden de 17 de Mayo de 1838.—*Mantenimiento de la posesión de los pastos comunes de los pueblos.*

Enterada S. M. la Reina Gobernadora de una exposición de la Asociación general de Ganaderos, manifestando los males que ocasiona en algunos territorios la inobservancia de las órdenes vigentes, sobre el uso y mancomunidad de pastos públicos, en que cifran su subsistencia un gran número de individuos dedicados á la industria pecuaria con cortas piaras de ganados, y á fin de dispensar á aquéllos la protección que es compatible con los intereses generales de los pueblos, ha tenido á bien S. M. mandar que se observen y cumplan las disposiciones siguientes:

1.ª Que los Jefes políticos cuiden del exacto cumplimiento del artículo 5.° del Real decreto de división territorial de 30 de Noviembre de 1833, y del 11 del cap. I de la Instrucción que con la misma fecha se dirigió á los Subdelegados de Fomento, hoy Jefes políticos, cuyas disposiciones no están derogadas por ninguna

otra posterior, haciendo entender á los Ayuntamientos que las demarcaciones de límites entre provincias, partidos ó términos municipales no alteran los derechos de mancomunidad de los pueblos en los prados, pastos, abrevaderos y demás usufructos que siempre han poseído en común.

2.ª Que ínterin no se promulgue la ley que anuncia el citado Real decreto, se mantenga la posesión de los pastos públicos y demás aprovechamientos de una sierra ó de la tierra de ciudad ó villa ó del sesmo, ó de otro distrito común de cualquiera denominación, tal como ha existido de antiguo, hasta que alguno de los pueblos comuneros han intentado novedades en perjuicio de los demás.

3.ª Que el Ayuntamiento de cualquiera de tales pueblos que pretenda corresponderle el usufructo privativo para sus vecinos en el todo ó parte de su término municipal, se le reserve su derecho, de que podrá usar en Tribunal competente; pero sin alterar la tal posesión y aprovechamiento común, hasta que judicialmente se declare la cuestión de propiedad.

4.ª Que no por esto se haga novedad en el uso de los ejidos y dehesas boyales destinados por cada pueblo en particular, aunque lo demás de su término pertenezca al común de la tierra, sesmo ó territorio.

5.ª Que no se dé al art. 1.º del decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por el de S. M. de 6 de Septiembre de 1836, más extensión que la que expresa su letra y espíritu, según los cuales sólo se autoriza el cerramiento y acotamiento de las heredades de dominio particular, sin perjuicio de las servidumbres que sobre sí tengan; absteniéndose de consiguiente los Alcaldes y Ayuntamientos, bajo su más estrecha responsabilidad, de ejecutar ó consentir el acotamiento ó adehesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento común de uno ó más pueblos, sin que preceda la competente facultad, con arreglo á lo que previene la ley de 3 de Febrero de 1823 para la adopción de cualesquiera arbitrios; impidiendo asimismo el cerramiento, ocupación ú otro embarazo de las servidumbres públicas destinadas al uso de hombres y ganados, que en ningún caso pueden ser obstruídas.

6.ª Que las Diputaciones provinciales, al instruir los expedientes sobre acotar para dehesa ó labor terrenos públicos de uso

común, cuando sea necesario este arbitrio, oigan á las Juntas de ganaderos ó sus representantes y cuiden se haga constar que quedan pastos suficientes para los ganados del pueblo, y que no se embarazan los tránsitos, abrevaderos y demás servidumbres rurales y pecuarias, y si el terreno que se pretendiese acotar fuese de aprovechamiento general de varios pueblos comuneros, oirán también á sus respectivos Ayuntamientos y Juntas de ganaderos.

Real orden de 8 de Enero de 1841. — *Aclaración de la Real orden de 17 de Mayo de 1838: pastos comunes de los pueblos.*

La Real orden de 17 de Mayo de 1838 sobre el uso y mancomunidad de pastos públicos, ha dado lugar á varias dudas é interpretaciones, en especial acerca del contexto de las disposiciones 2.ª y 5.ª Algunas Corporaciones y particulares han entendido que dichas disposiciones se referían á mantener en la posesión de los aprovechamientos á los pueblos que acostumbraban á disfrutar por mera costumbre terrenos de dominio particular. Enterada de estas dudas la Regencia provisional, y considerando necesario aclarar este punto, se ha servido mandar que se haga entender que todas las disposiciones contenidas en aquella Real orden sólo tuvieron por objeto, como da bien á conocer su preámbulo y la disposición 1.ª, el que se respeten los derechos de los pueblos á los pastos comunes en terrenos públicos, ó más claro, á impedir que un pueblo comunero estorbe á otro de la misma comunidad la entrada de sus ganados en terrenos sitos en la jurisdicción del primero, que era lo mismo que estaba mandado en el art. 5.º del Real decreto de 30 de Noviembre de 1835, y en el 11 del capítulo primero de la misma fecha á que se refiere la disposición 1.ª de dicha Real orden, sin que nada de esto tenga relación con los terrenos de dominio particular, respetados por las resoluciones anteriores, y especialmente por el Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Septiembre de 1836, que declara cerradas y acotadas perpetuamente las heredades de particular dominio, salvas las servidumbres; y que, por consiguiente, cuanto se dice de pastos públicos ó comunes debe entenderse de los que así se denominan propiamente por hallarse en terrenos que lo sean de uno ó más pueblos.

Orden de 24 de Mayo de 1865.—*Aprovechamiento de los productos de montes de dominio privado.*

En vista de la comunicación de V. de 20 de Abril próximo pasado, en que consulta si los particulares dueños de montes pueden ejecutar aprovechamientos de ellos sin el permiso de ese distrito, esta Dirección general ha acordado decir á V. que, con arreglo á las disposiciones vigentes, los particulares dueños de montes que no confinan con otros públicos, ó que, aunque confinen, los tengan deslindados y amojonados en debida forma, no necesitan obtener licencia para aprovechar los productos de sus fincas, y que si ocurre algún caso en que no haya tales circunstancias, lo manifieste con los antecedentes necesarios para la resolución que proceda.

Instrucción para el cumplimiento de la ley de 8 de Mayo de 1888 sobre excepción de venta de terrenos de aprovechamiento común, y con destino á dehesas boyales.

Artículo 1.° Para que pueda concederse la excepción de venta de terrenos con destino á dehesa boyal á los pueblos que tengan ya exceptuados otros en concepto de aprovechamiento común, es necesario que se justifique que estos últimos no producen pastos suficientes para los ganados de labor.

Art. 2.° En los expedientes sobre excepción de terrenos para aprovechamiento común, la Administración reclamará á la Diputación provincial ó al Gobierno civil que certifiquen con vista de las cuentas municipales que obren en su poder, si dichos terrenos fueron arrendados ó arbitrados desde el año 1853 hasta el de la fecha.

Estas certificaciones serán terminantes y expresivas de todos los predios de que se trate, para poder conocer si fueron arrendados ó arbitrados alguna ó varias veces, en todo ó en parte durante el indicado período de tiempo; consignándose con toda claridad, en caso afirmativo, en qué años tuvo efecto el arriendo ó arbitrio; la forma en que se hizo; si fué de una parte de los productos solamente, y si en este caso se verificó sin perjuicio de los demás aprovechamientos que tenían derecho á disfrutar los ve-

cinos libre y gratuitamente, ó si fué un arbitrio extraordinario llevado á efecto por el pueblo con autorización expresa de la Superioridad.

Art. 3.° Cuando del examen de dichas cuentas municipales no aparezcan tan claros esos extremos como fuera de desear, podrá la Dirección de Propiedades y Derechos del Estado exigir cualquiera otro documento que considere necesario como comprobante de la resolución definitiva que debe proponer al Ministerio de Hacienda.

Art. 4.° Las *Diputaciones provinciales* ó los Gobiernos de provincia expedirán los certificados á que se refiere el art. 2.° de esta Instrucción, así como también los que pueda reclamarles la Dirección de Propiedades en virtud del art. 3.°, en el preciso término de treinta días.

Art. 5.° Las condiciones que exige el art. 3.° de la ley para que puedan ser exceptuados como dehesas boyales los terrenos de Propios ó Comunes, se harán constar por medio de certificación expedida por un perito que nombrará la Administración para que mida, deslinde y clasifique las fincas.

El Ayuntamiento interesado podrá elegir por su parte otro perito que concurra y autorice en su caso las operaciones, debiendo satisfacerse los honorarios de uno y otro por el mismo Ayuntamiento, dentro de los diez días siguientes al en que queden verificadas aquéllas.

Art. 6.° De la misma manera serán medidos, deslindados y clasificados los terrenos cuya excepción soliciten los pueblos en concepto de aprovechamiento común, y satisfechos los gastos que origine la operación.

Art. 7.° Las informaciones que se presenten para probar el disfrute de los bienes por parte de los pueblos reclamantes, á falta de títulos de propiedad sobre los mismos bienes, podrán practicarse ante el Juez municipal, con citación del Fiscal municipal.

Los testigos deberán ser vecinos de los pueblos limítrofes que no se hallen interesados en el asunto ni tengan tacha legal, con objeto de que esas informaciones puedan ser ratificadas ante el Juzgado de primera instancia, si la Administración lo estima necesario, según lo dispuesto en el art. 5.° de la ley.

Art. 8.° El número y clase de los ganados del pueblo intere-

sado se harán constar por medio de certificado de la Administración provincial, que deberá expedir con vista de los últimos datos estadísticos.

Cuando se trate de dehesas boyales y no hubiere en la Administración datos bastantes para expedir dicha certificación, se reclamará de la Junta provincial de Agricultura, según dispone el párrafo cuarto del art. 5.° de la ley.

Art. 9.° Los documentos que los pueblos deben presentar en cumplimiento de los párrafos segundo y tercero del mismo artículo 5.° de la ley, serán censurados por la Administración provincial, consultando al efecto los datos y antecedentes que sean necesarios.

Art. 10. Los pueblos que hagan uso del derecho que les concede la ley para solicitar, ya la excepción de dehesas boyales ó de terrenos de aprovechamiento común, ó ya la revisión de las negadas anteriormente por extemporáneas ó injustificadas, presentarán sus reclamaciones en la respectiva Delegación de Hacienda.

El Delegado dispondrá que en la Administración de Propiedades se abra un Registro en que, según vayan presentándose, se anoten aquéllas, así como también las fincas objeto de las mismas.

Art. 11. Transcurrido el plazo de los tres meses que señala el artículo 6.° de la ley, remitirán dichas Administraciones á la Dirección general del ramo una relación, visada por el Delegado de Hacienda, en la que expresarán todas las solicitudes que hayan sido registradas.

Esta relación se publicará en el *Boletín Oficial* de la provincia, á fin de que si algún pueblo creyese que se había omitido su instancia, pueda deducir en el preciso término de quince días la oportuna reclamación ante el Delegado de Hacienda, quien, previo informe de la Administración de Propiedades, le remitirá con el suyo al Centro general del ramo, para que éste decida en su vista lo que corresponda.

Art. 12. Los documentos que deben acompañar los pueblos para justificar sus reclamaciones los presentarán con índice duplicado, uno de cuyos ejemplares se unirá al expediente de su razón y el otro se devolverá á los interesados.

Tanto en el uno como en el otro consignará la Delegación de

Hacienda de la provincia la fecha de la presentación, y si los documentos son los expresados en el índice.

Art. 13. Los términos que la Dirección de Propiedades señale á los pueblos, ya sea para subsanar los defectos de forma que se adviertan en dichos documentos, ó ya para presentar algún otro dato ó justificante, son improrrogables y fatales, teniéndose la reclamación por injustificada y al pueblo interesado por desistido de ella, si deja transcurrir el plazo sin hacerlo.

Art. 14. Las fincas vendidas y adjudicadas no pueden ser pedidas como de aprovechamiento común ó con destino á dehesa de pastos.

Por la Administración provincial se hará constar, por lo tanto, si la finca ó fincas pedidas por los pueblos han sido enajenadas y adjudicadas en alguna época por el Estado.

Art. 15. Al acordarse por el Ministerio de Hacienda la excepción solicitada con arreglo á la ley de 8 de Mayo último de una dehesa boyal, aunque sea procedente de bienes de aprovechamiento común, ó al otorgarse la de esta clase de bienes, se hará con la precisa condición de que el pueblo favorecido ha de abonar al Estado el 20 por 100 del valor de la finca exceptuada.

Art. 16. Si el pueblo interesado estimase que no debe abonar ese 20 por 100, podrá aceptar la Real orden en cuanto á la excepción, é interponer la oportuna demanda en la vía contencioso-administrativa en cuanto al pago de dicha cantidad, pero consignando desde luego en la Caja correspondiente el importe del primer plazo, y después el de los demás, conforme vayan venciendo mientras dure el pleito.

El término para interponer dicha demanda será el señalado ó que señalen en lo sucesivo las leyes y Reglamentos de procedimientos para las reclamaciones económico-administrativas.

Art. 17. Si después de acordada la excepción de terrenos como de aprovechamiento común ó con destino á dehesa boyal, apareciesen nuevos datos de los cuales resulte que no concurrían en ellos las condiciones que para los primeros exige el art. 2.° de la ley y para los segundos el art. 3.° de la misma, se procederá á la revisión del expediente, pudiendo revocarse la concesión y acordarse la venta de los predios de que se trate, oída que sea la Sección de Hacienda del Consejo de Estado.

Art. 18. De la misma manera podrán revocarse también las

excepciones de terrenos de aprovechamiento común ó para dehesas de pastos de los ganados de labor, si las fincas son roturadas ó destinadas á distintos usos de los que marque la excepción, ó si los pueblos las arriendan ó arbitran, á no ser que el arriendo ó arbitrio se verifique en la forma y con la autorización que determina el art. 2.° de la ley.

Art. 19. Para el oportuno cumplimiento de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la Administración provincial procurará adquirir cuantos datos puedan servir para anular las excepciones otorgadas, y después de oir en el asunto al pueblo interesado, elevará las diligencias á la Dirección general del ramo para el acuerdo que corresponda.

Art. 20. En el caso de que, después de satisfecho el 20 por 100 del valor de una finca exceptuada con arreglo á la ley de 8 de Mayo último, se descubra alguno de los vicios señalados en los artículos 18 y 19 de esta Instrucción y se revise y revoque en su virtud la excepción, se entregará en inscripciones al pueblo interesado el valor íntegro de la venta (1).

Art. 21. Cuando la finca ó fincas objeto de la excepción ya acordada no hubieren sido subastadas ni tampoco valoradas por el Cuerpo de Ingenieros de Montes, ó su valoración comprendiere mayor ó menor extensión de la concedida, ó más ó menos aprovechamientos que los que se exceptúen, serán tasadas en la misma forma que deben ser medidos, deslindados y clasificados, con arreglo á los artículos 5.° y 6.° de esta Instrucción los terrenos cuya excepción soliciten los pueblos, corriendo también á su cargo los gastos correspondientes.

Art. 22 Las inscripciones y valores de que podrá incautarse el Estado para hacer efectivos los plazos que adeuden los pueblos por razón del 20 por 100 del valor de las fincas exceptuadas, serán sólo aquellos que posean los Ayuntamientos como de su exclusiva propiedad; pero no los que puedan administrar como

---

(1) *Rectificación.*—En la Instrucción de 21 del corriente, publicada en la *Gaceta* del 23, para el cumplimiento de la ley de 8 de Mayo último, sobre excepción de venta de terrenos de aprovechamiento común y con destino á dehesas boyales, se citan por error material, en su art. 20, los artículos 18 y 19, debiendo ser los señalados con los números 17 y 18.

Madrid, 25 de Junio de 1888.—El Subsecretario, *Aguilera*.

patronos de alguna fundación benéfica privada, cualquiera que sea su clase.

Art. 23. Siempre que los pueblos paguen anticipando los plazos, cualquiera que sea la forma en que lo hagan, tendrán derecho á la bonificación de 6 por 100 de interés anual.

Art. 24. Las fincas procedentes de bienes de Propios, una vez que queden exceptuadas con destino á dehesas de pastos de los ganados de labor, no pagarán la contribución que como tales bienes de Propios venían satisfaciendo, y sí sólo el impuesto que á los de aprovechamiento común corresponda, puesto que por virtud de la ley de 8 de Mayo último quedan en esta categoría.

Art. 25. En todos los expedientes de excepción informarán la Diputación provincial y la Administración de Propiedades de la provincia acerca de la procedencia é improcedencia de la excepción solicitada.

El Abogado del Estado informará únicamente sobre la validez de los títulos presentados por los pueblos para justificar la propiedad sobre los predios cuya excepción de venta pretendan, cotejándolos además con sus originales, cuando sea necesaria esta diligencia, por sí ó por medio del funcionario en quien delegue.

Art. 26. En los expedientes de excepción de terrenos en concepto de aprovechamiento común, informará también la Junta provincial de Agricultura acerca de la extensión que puede concederse para satisfacer el objeto que con ellos pretenda el pueblo interesado.

Art. 27. Las Diputaciones provinciales y Juntas de Agricultura emitirán dichos informes dentro del plazo preciso de treinta días improrrogables. Si no lo verificasen dentro de ese término, la Delegación de Hacienda respectiva mandará recoger los expedientes en el estado en que se encuentren.

Art. 28. Las Administraciones de Propiedades y los Abogados del Estado emitirán los suyos y sustanciarán las diligencias que les correspondan en los términos que al efecto les señale la Dirección de Propiedades, la cual podrá imponerles la multa que estime oportuna hasta el *máximum* de 250 pesetas en la cuantía que considere proporcionada á la falta, cuando advierta demoras injustificadas en la tramitación de los expedientes.

Art. 29. Cuidarán las Administraciones de Propiedades de que no se anuncie para la venta finca alguna cuya excepción se

solicite con arreglo á la ley de 8 de Mayo último, hasta tanto que no sea resuelta la reclamación.

En otro caso, los expresados Administradores responderán personalmente de los perjuicios que puedan originarse.

Art. 30. Si alguna reclamación, deducida con arreglo á la ley de 8 de Mayo último, sufriere extravío, podrá la Dirección de Propiedades conceder al pueblo interesado un plazo de dos meses para reproducirla, siempre que del Registro que debe abrirse en la Administración provincial en cumplimiento del art. 10 de esta Instrucción y de la relación que ha de formarse con arreglo al 11, resulte que la extraviada fué presentada en tiempo hábil, y que, de la misma manera, lo fueron también los documentos que la justificaban.

La Administración provincial del ramo notificará en debida forma al pueblo interesado el acuerdo de la Dirección en que se le otorgue dicho plazo, y remitirá á la misma las diligencias de notificación; cuidando también de darle cuenta de si el pueblo ha reproducido ó no su reclamación, una vez transcurrido el plazo.

Art. 31. Los expedientes de excepción serán resueltos en primera y única instancia administrativa por el Ministerio de Hacienda.

Cuando se trate de bienes pedidos como de aprovechamiento común, y el Gobierno no se conforme con el parecer en que estuviesen de acuerdo el Ayuntamiento y la Diputación provincial, se oirá á la Sección de Hacienda del Consejo de Estado, conforme al párrafo noveno del art. 2.º de la ley de 1.º de Mayo de 1855.

Art. 32. Todos los expedientes de excepción de bienes de aprovechamiento común ó de dehesas boyales promovidos y no terminados con anterioridad á la ley de 8 de Mayo último, serán tramitados y resueltos con sujeción á las disposiciones vigentes antes de la publicación de la misma ley, cualquiera que sea la fecha en que se hubieren incoado y documentado.

Si acaso lo hubiesen sido fuera de los plazos señalados para promoverlos y documentarlos por aquellas disposiciones, y no hubieran sido resueltos todavía los términos que conceden los artículos 6.º y 7.º de la ley de 8 de Mayo, no empezarán á correr para los pueblos interesados hasta el día en que la Administración les haga conocer el defecto de que adolecen dichos expedientes.

Ley de 8 de Mayo de 1888.—*Dehesas boyales.*

Artículo 1.° Se confirma el derecho que por las leyes de 1.° de Mayo de 1855 y 11 de Julio de 1856 se reconoció á los pueblos para solicitar que se exceptúen de la desamortización los terrenos de aprovechamiento común y gratuíto de sus vecinos, y los que se hallen destinados ó se destinen al pasto de los ganados de labor.

No podrá concederse excepción de terrenos para dehesas boyales cuando se haya otorgado para aprovechamiento común, á menos que los pueblos solicitantes justifiquen que estos últimos no producen pastos suficientes para los ganados de labor.

Art. 2.° Para que se otorgue la excepción de venta referente á bienes de aprovechamiento común, es necesario que no conste haberse éstos arrendado ó arbitrado por el pueblo que lo solicite desde el año 1835 hasta la fecha, y que tampoco conste haber dejado de ser el aprovechamiento común y gratuíto, sin más limitaciones que las marcadas por los Ayuntamientos respectivos para que el derecho de cada uno de los vecinos no sea perturbado por los demás.

No obstará, á pesar de la disposición de este artículo, para otorgar la excepción, cualquier arrendamiento hecho ó arbitrio utilizado por los pueblos, siempre que se haya verificado acomodándose á lo prescrito en las leyes y disposiciones de la Administración; que aparezca haberse incluído su importe en los presupuestos del Municipio é ingresado en sus arcas, y que no haya excedido de tres años consecutivos.

Art. 3.° Pueden exceptuarse, como fincas destinadas á dehesas boyales, así las de Propios como las de aprovechamiento común, si concurren estas dos circunstancias:

Primera. Que produzcan pastos.

Segunda. Que el pueblo no tenga exceptuadas otras que los produzcan en la cantidad acomodada al número de cabezas de ganado de la localidad.

Art. 4.° Los terrenos exceptuados ó que se exceptúen para bienes de aprovechamiento común tendrán la extensión adecuada al objeto que con ellos haya de satisfacer cada pueblo, determinándose por informe de la Junta de Agricultura, de la Diputación de la provincia y de las dependencias de la Hacienda pública.

Los que se exceptúen para dehesas boyales no serán mayores de dos hectáreas en los terrenos de primera clase, tres en los de segunda y cuatro en los de tercera para cabezas de ganado vacuno, caballar ó mular, y la mitad respectivamente en el asnal.

Art. 5.° Los documentos que los pueblos habrán de presentar al solicitar las excepciones, ó con que habrán de completar los expedientes incoados, son:

1.° Los títulos de propiedad de la finca que haya de exceptuarse, y por falta de ellos, una información hecha ante el Juez municipal, con citación del Fiscal municipal, para acreditar que el pueblo viene disfrutando los bienes como Comunes ó Propios.

2.° Declaración del Ayuntamiento de no haber otros bienes exceptuados en el pueblo bastantes para el aprovechamiento á que la finca haya de destinarse.

3.° Certificación del número de vecinos del pueblo, tomada del último censo de población, cuando se trate de bienes de aprovechamiento común.

4.° Certificación del número y clase de ganados, sacada del documento oficial que lo contenga, y, en su defecto, autorizada por el Comisario, Vicepresidente y el Secretario de la Junta provincial de Agricultura cuando se trate de exceptuar dehesas boyales.

5.° Certificación pericial referente á la cabida, clase y circunstancias de las fincas cuya excepción se pide.

La presentación de los documentos referidos no impedirá que la Administración complete los expedientes en lo que estime oportuno y sea pertinente, y desde luego podrá, cuando crea que procede otorgar la excepción, acordar que la información indicada en el párrafo anterior se ratifique ante el Juzgado de primera instancia.

Art. 6.° Los plazos para reclamar y justificar las excepciones, á contar desde la publicación de esta ley, serán los siguientes:

Tres meses para incoar reclamaciones ó reproducir las que resulten extraviadas.

Cuatro meses para presentar los documentos justificativos á que se refiere el artículo anterior.

Si después de transcurridos los siete meses de que habla este artículo, la Administración advirtiera en alguno de los documentos presentados cualquier defecto de forma, se concederá al pue-

blo interesado un plazo prudencial, que no excederá de dos meses, para subsanarlo.

Art. 7.° Las excepciones negadas por extemporáneas ó injustificadas serán examinadas de nuevo y resueltas con arreglo á la ley, siempre que concurran los requisitos siguientes:

Primero. Que las fincas á que se refieran no hubieran sido vendidas por el Estado y adjudicadas legalmente á los compradores.

Segundo. Que los pueblos soliciten la revisión en un plazo de tres meses.

Tercero. Que hagan la justificación ó suplan sus deficiencias en el plazo de cuatro meses citado en el artículo anterior, sin perjuicio de lo que se dispone en su último párrafo.

Art. 8.° Si las fincas objeto de las excepciones negadas por extemporáneas ó injustificadas hubieran sido legalmente adjudicadas á la publicación de esta ley, las ventas quedarán subsistentes, y las resoluciones que á ellas se refieran serán firmes en la vía administrativa, no dándose otro recurso contra ellas que el contencioso-administrativo, si el plazo establecido para entablarlo no hubiese ya espirado. Esto no obstante, los pueblos que posean otros terrenos que no hayan sido objeto de resolución podrán reclamarlos como exceptuables, justificando su derecho en los plazos marcados en el art. 6.°

Art. 9.° Las excepciones que se soliciten utilizando los nuevos plazos que concede esta ley, se otorgarán, cuando proceda, con la precisa condición de que los Ayuntamientos respectivos hayan de satisfacer al Estado la cantidad que á éste correspondería en el caso de haber sido la finca desamortizada conforme á la ley de 1.° de Mayo de 1855.

Esta cantidad se fijará tomando en cuenta el valor en venta de las fincas, si hubieran sido subastadas y no adjudicadas.

En el caso de que no se hubiera llegado á verificar la subasta, se admitirá obligatoriamente por el Estado y por los Ayuntamientos, como tasación pericial, la valoración con que las fincas consten en el Catálogo de montes públicos del Ministerio de Fomento.

Cuando éstas no figuren en dicho Catálogo ó no hayan sido valoradas por el Cuerpo de Ingenieros de Montes, ó su valoración comprenda, sin distinguirlos, más ó menos aprovechamientos de

los que sean objeto de la excepción, serán tasadas por peritos nombrados respectivamente por la Administración y el Ayuntamiento, siendo de cuenta de éste los honorarios y gastos de la tasación.

Art. 10. La cantidad que en el caso del artículo anterior han de abonar los pueblos al Estado será satisfecha en la forma y plazos que establecen las leyes desamortizadoras, á menos que cada plazo no llegue á la suma de 100 pesetas.

En este caso, el Ayuntamiento firmará tantos pagarés como fracciones de 100 pesetas compongan el total que debe percibir el Estado.

El Estado podrá, en su caso, para hacer efectivos los plazos, incautarse de los valores é inscripciones procedentes de la tercera parte del 80 por 100 de Propios que el Ayuntamiento interesado tuviera constituídos en la Caja general de Depósitos, ó de las inscripciones intransferibles de Deuda pública que le pertenezcan, ó de las cargas de justicia, ó de cualesquiera otros créditos contra el Estado que le estuvieran reconocidos hasta en la cantidad concurrente al plazo ó plazos vencidos y no satisfechos.

Los Ayuntamientos quedan obligados á incluir en el presupuesto municipal de gastos las anualidades correspondientes.

La Delegación de Hacienda de cada provincia comunicará al Gobernador civil de la misma, nota de los Ayuntamientos que hubiesen contraído esta clase de obligaciones, á fin de que al aprobar el presupuesto municipal tengan conocimiento de este caso necesario.

En el caso de que los pueblos anticipasen el todo ó parte de los plazos, para lo cual quedan facultados, se les hará una bonificación de 6 por 100 de interés anual.

Art. 11. Las fincas procedentes de bienes de Propios que conforme al artículo anterior se exceptúen para dehesas boyales, quedarán desde luego en la categoría de bienes de aprovechamiento común, y no pagarán otro impuesto que el que á esta clase de bienes corresponda.

ESTABLECIMIENTOS INSALUBRES, INCÓMODOS Y PELIGROSOS

a) Establecimientos de vacas, burras, cabras y ovejas.

Real orden de 8 de Agosto de 1867.

CAPÍTULO PRIMERO

Reglas que han de observarse en la concesión de licencias para abrir un establecimiento.

Artículo 1.° No podrán abrirse en lo sucesivo casas de vacas ni cabrerías para la expedición ó suministro de leche en poblaciones que lleguen á 4.000 habitantes sin licencia del Alcalde.

Art. 2.° A la solicitud en que se pida al Alcalde la licencia de que habla el artículo anterior, se acompañará:

1.° Un doble plano del establecimiento en proyecto, ó construído ya, en el cual se designen todas las dependencias que deberá tener, con la capacidad y demás circunstancias de cada una; y

2.° Una Memoria descriptiva, también doble, en que se acredite que el establecimiento proyectado reúne todas las condiciones exigidas en este Reglamento, y se exprese de un modo terminante el número máximo de animales que en él ha de haber.

El Arquitecto que forme el plano y escriba la Memoria quedará sometido á la acción de los Tribunales si resultase haber faltado á la verdad en alguno de estos documentos.

Art. 3.° Para que el Alcalde resuelva con el debido conocimiento, remitirá primero el expediente á informe del Arquitecto municipal, y luego al de la Junta municipal de Sanidad, á fin de que manifiesten lo que se les ofrezca y parezca.

Art. 4.° Si faltare alguna de las condiciones exigidas en este Reglamento, ó hubiere necesidad de modificar el proyecto presentado, la Autoridad municipal no expedirá la licencia hasta después de haber hecho las modificaciones convenientes.

Art. 5.° Al expedir la licencia se entregará al interesado de los dos ejemplares del plano y de la Memoria que pres para que se sujete y atenga á ellos con todo rigor.

Y si alguna vez creyera oportuno variarlo estando ya las o

comenzadas, deberá obtener autorización al efecto, siguiendo, cuando la variación sea de alguna importancia, los propios trámites que para conceder la licencia.

Art. 6.° No se concederá licencia al abrir esta clase de establecimientos por más tiempo que el de diez años, durante cuyo plazo será considerada esta licencia como un título de propiedad para todo lo que no se oponga á las leyes.

Art. 7.° La falta de cumplimiento de lo preceptuado en el presente Reglamento producirá la anulación de la licencia, según previene el art. 39.

Art. 8.° Aunque no se prohibe por ahora la apertura de estos establecimientos en el interior de las grandes poblaciones, procurarán, no obstante, las Autoridades municipales favorecer indirectamente su instalación en las afueras ó en los arrabales.

En cada concesión se hará constar el número máximo de vacas ó cabras que pueda contener el establecimiento. El dueño de éste queda obligado á presentar al respectivo Subdelegado del ramo una copia certificada de la concesión y un plano del citado establecimiento. Queda obligado igualmente á colocar en un cuadro á la vista del público y en el mismo establecimiento, los expresados documentos, visados por el Subdelegado del distrito.

CAPÍTULO II

Condiciones que han de reunir las casas de vacas y cabrerías.

Art. 9.° Solamente podrán establecerse casas de vacas y cabrerías en edificios que se hallen situados en plazas y plazuelas, en calles cuya anchura no baje de ocho metros, ó en cualquiera otro sitio igualmente espacioso, ventilado y salubre.

Art. 10. No se establecerán en lugares bajos con relación á los circunvecinos; en sitios húmedos, en edificios que carezcan de patios ú otros espacios descubiertos cuya capacidad sea menor de la señalada en el artículo siguiente; en las cercanías de otros establecimientos insalubres ó incómodos; donde escaseen la ventilación y la luz, ó falte de un modo permanente el agua necesaria para conservar un perfecto estado de aseo.

Art. 11. Los establos de las vaquerías y cabrerías que dentro de las poblaciones se establezcan han de estar situados en cru-

jías interiores con luces á un patio, jardín ú otro paraje descubierto que no baje de 100 metros superficiales, si las casas que le circunscriben tienen piso tercero; de 75 si no tuviesen más que piso segundo, y de 50 si no fueren á la malicia.

Art. 12. Tendrán los establos de tres á cuatro metros al menos de elevación; cuatro metros de ancho desde el pesebre hasta la pared opuesta, y dos metros de frente como espacio reservado á cada vaca.

Art. 13. Nunca podrán contener más de 20 vacas ó 50 cabras. Se dispondrán de tal suerte que corresponda á cada vaca el espacio mínimo de 28 metros cúbicos, y ocho á cada cabra.

Art. 14. Estará el pavimento cubierto de losa bien labrada y sentada para que tome una superficie igual y unida, y tendrá el conveniente declive hacia el sitio donde hayan de confluir y ser absorbidas las aguas.

Art. 15. Habrá en este punto un platillo de absorbedero que las dé paso sin detención alguna á la atarjea, la cual ha de hallarse dispuesta de modo que corran libremente las aguas á la alcantarilla ó vayan á verterse á un lugar apartado del establecimiento.

Art. 16. El techo será á cielo raso, y las paredes estarán cubiertas hasta la altura mínima de dos metros con azulejos, cemento ó cal hidráulica, ú otra materia que evite la humedad y facilite la limpieza.

Art. 17. Habrá ventanas en número proporcionado á la extensión de los establos, con suficiente hueco ó luz, y dispuestas de manera que puedan abrirse y cerrarse más ó menos completamente, según lo exijan las circunstancias.

Art. 18. Cuando no sea posible por no haber encima piso habitado ni poderse originar molestia á los vecinos, se abrirán postigos en la techumbre, se establecerán chimeneas que pongan en comunicación la atmósfera interna con la externa, ó se establecerá la ventilación artificial que parezca más conveniente.

Art. 19. Habrá, en fin, á ser posible, uno ó más grifos situados en puestos oportunos, que suministren el agua necesaria para hacer la limpieza.

Art. 20. Tanto las casas de vacas como las cabrerías tendr un establo reservado para las reses enfermas, en el aislamien debido y con buenas condiciones de salubridad.

Art. 21. En las capitales en que exista un lazareto para animales serán conducidas á él desde luego cuantas reses se hallen enfermas.

Art. 22. Habrá asimismo en estos establecimientos, graneros, pajeras y hierberas bien acondicionadas para la conservación de las substancias alimenticias.

CAPÍTULO III

Régimen del ganado y disposiciones de salubridad (1).

.....

CAPÍTULO IV

Disposiciones transitorias.

Art. 42. En el improrrogable término de dos meses, que ha de contarse desde la publicación de este Reglamento, se acomodarán á sus disposiciones las casas de vacas y las cabrerías establecidas ahora con la debida autorización en las poblaciones de más de 4.000 habitantes.

Art. 43. Los establecimientos que se hayan abierto sin licencia previa de la Autoridad correspondiente, se cerrarán pasado un mes si no la obtuvieran antes, de conformidad con este Reglamento.

Art. 44. Las Ordenanzas municipales ahora vigentes en las poblaciones que cuentan 4.000 ó más habitantes se acomodarán á este Reglamento en cuanto á las casas de vacas y á las cabrerías concierne. Y las Autoridades municipales de las poblaciones de menor vecindario acomodarán á él en lo posible sus bandos y Reglamentos de policía.

Art. 45. Los Gobernadores de las provincias remitirán á fin de cada año á la Dirección general de Beneficencia y Sanidad un estado de todos los establecimientos de este género, consignando los de nueva creación y los antiguos, capacidad, número de reses, situación, etc.

Art. 46. Este Reglamento es aplicable á los establecimientos

(1) Se omite su inserción por la índole de sus disposiciones, ena á la materia legal de servidumbres.

de burras de leche y á las casas de ovejas, que se considerarán respectivamente en análogas circunstancias que las casas de vacas y las cabrerías.

b) Fábricas de aguardientes, curtidos y casas de licuación de sebos.

Real orden de 11 de Abril de 1860.

Por la Subsecretaría del Ministerio de la Gobernación se comunica á este Gobierno con fecha 11 del corriente la Real orden siguiente:

«El Sr. Ministro de la Gobernación dice con esta fecha al Gobernador de la provincia de Navarra lo que sigue:

«En el expediente instruido con motivo de la consulta de V. E. sobre si deben ó no permitirse dentro de poblado las fábricas de aguardiente, las de curtidos y licuación de sebo, el Consejo de Sanidad, con fecha 6 del mes próximo pasado, ha informado lo siguiente:

«Excmo. Sr.: En sesión de ayer aprobó este Consejo el dictamen de su Sección primera, que á continuación se inserta:

Enterada esta Sección de la consulta hecha al Gobierno por el Gobernador de la provincia de Navarra sobre si deben permitirse ó no dentro de poblado las fábricas de aguardiente, las de curtidos y licuación de sebo (cuya cuestión se agita en aquella provincia desde 1832 y ha dado lugar á varios informes de las Juntas de Sanidad y á diferentes disposiciones de las autoridades), va á manifestar en breves términos su dictamen.

En primer lugar, viene este suceso á acreditar una vez más lo mucho que urge, ahora que toma la industria nacional rápido acrecentamiento é inusitada actividad, establecer una clasificación, como en otras Naciones, que comprenda los establecimientos peligrosos, insalubres é incómodos, dividiéndolos en clases diferentes, según las precauciones que la Administración considere preciso adoptar respecto á cada uno de ellos y los trámites que hayan de exigirse para autorizar su fundación.

Hállase, pues, España, en el dia, considerada bajo este punto de vista, como Francia, hasta que se publicaron el decreto de de Octubre de 1810 y el Reglamento de 14 de Enero de 1815.

Pero faltando en nuestro país una legislación bien entend

en este importante asunto, y no siendo fácil empresa la de establecerla de improviso, forzoso es, entre tanto, resolver la consulta del Gobernador de Navarra, ya que no en conformidad con leyes preexistentes, de acuerdo á lo menos con lo que aconsejan la razón y las disposiciones adoptadas en otros países, á fin de evitar peligros y resguardar la salud pública.

Los establecimientos donde se destila aguardiente ofrecen el solo peligro del fuego; no son dañosos á la salud, aunque sí más ó menos incómodos, según que se hacen en ellos grandes ó pequeñas destilaciones. Las tenerías ó fábricas de curtidos deben únicamente reputarse incómodas por el mal olor que despiden, toda vez que por medio de una buena policía se evita la acumulación de substancias animales en estado más ó menos próximo á la putrefacción. Y finalmente, los establecimientos destinados á la licuación de las grasas, sobre ofrecer peligro de incendio, expiden mal olor, y aun pueden gozar de cierta insalubridad cuando en ellos faltan el aseo y buen orden.

Pero estas consideraciones ¿hacen precisa la traslación de tales establecimientos fuera de poblado, sobre todo después de haberlos permitido fundar hace más ó menos tiempo? La Sección no puede proponer una medida de precaución que, sobre intempestiva, considera exagerada.

Entre los establecimientos á que se refiere la consulta, solamente los destinados á la licuación del sebo se hallan comprendidos en la primera clase de las tres que establece la legislación francesa, cuya clase requiere separación de las habitaciones particulares, aunque no sea indispensable el apartamiento del recinto de las poblaciones. Las fábricas de aguardiente y las tenerías están comprendidas en la clase segunda, que abraza aquellos establecimientos cuya separación de las habitaciones (no de las poblaciones) no es de rigor necesario, pero cuya formación no debe permitirse si no se adquiere la seguridad de que las operaciones que en ellos se practiquen no han de causar daño ni incomodar al vecindario.

Este mismo concepto merecen tales establecimientos en vas otros países de aquellos en que menos libertad se deje á la ustria; y tal es también el dictamen de la Sección.

Por lo tanto, cree ésta que el Consejo deberá proponer al Gorno:

1.° Que no hay motivo bastante fundado para obligar á establecer fuera de las poblaciones las fábricas de aguardientes, las de curtidos y las casas destinadas á la licuación del sebo, existentes en el día en diversas poblaciones de Navarra, ni aun para exigir que las de nueva creación hayan de fundarse fuera de poblado.

2.° Que se obligue á los dueños de dichos establecimientos á hacer las reformas necesarias para atenuar el peligro de los incendios, y á adoptar cuantas disposiciones sean posibles á fin de evitar al vecindario la molestia de los malos olores.

3.° Que no se permita en adelante fundar establecimiento alguno destinado á la licuación de sebo ú otros cuerpos grasos, á no ser en las afueras de las poblaciones.

4.° Que las tenerías y fábricas de aguardientes de nueva creación hayan de estar, bien sea fuera de las poblaciones ó bien en los arrabales de éstas, en edificios convenientemente aislados de los inmediatos.»

Y habiéndose dignado resolver S. M. de conformidad con el preinserto informe, de su Real orden lo traslado á V. S. para los efectos correspondientes y como regla general que ha de servir de norma en lo sucesivo.

c) Fábricas de substancias explosivas.

Real orden de 11 de Enero de 1865.—*Fábricas de substancias explosivas.*

En virtud de lo que previene el art. 6.° de la ley de 17 de Junio último, y de conformidad con el dictamen emitido por la Junta consultiva de Policía urbana y edificios públicos, la Reina ha tenido á bien dictar las siguientes reglas de policía y seguridad pública, á que deberá sujetarse la fabricación de la pólvora y substancias explosivas, su almacenaje y expedición en las poblaciones:

1.ª Para establecer fábricas de pólvora común ó de fulminantes y toda clase de substancias explosivas, deberá obtenerse el permiso del Gobernador de la provincia.

2.ª Las fábricas se situarán á distancia por lo menos de dos kilómetros de las poblaciones, y á uno, así de los edificios que se hallen fuera del recinto de éstas como de los caminos públicos.

3.ª Se construirán las fábricas de pólvora con muros del menor grueso posible, constando de un solo piso; su cubierta ó armadura será metálica y dispuesta de un modo que á su ligereza reúna la condición de constituir un sistema buen conductor de la electricidad, sirviendo por lo tanto de pararrayos, á cuyo fin deberá estar en comunicación con la tierra.

4.ª Para cubrir las ventanas se empleará la tela encerada en lugar de vidrios ó cristales comunes.

5.ª El piso será ó de madera con clavazón de la misma materia, ó de yeso, exento de arena y de cualquier otra substancia silícea.

6.ª Los talleres estarán separados por muros de dos metros de altura formados con adobes.

7.ª Habrá depósitos de agua y bombas disponibles para el caso de un incendio parcial.

8.ª Las oficinas en que se fabrique el fulminante estarán separadas 300 metros de las demás dependencias.

9.ª Los almacenes estarán asimismo separados entre sí por la propia distancia, y de los talleres por lo que prudencialmente se juzgue necesario según la importancia del establecimiento. Cada uno de los edificios estará resguardado por un muro de tierra de dos metros de altura y situado á seis de las paredes de cada edificio, encontrándose éstos provistos de pararrayos.

10. En las operaciones no se usarán utensilios ni aparatos de hierro.

11. Las fábricas y almacenes estarán rodeados á distancia de 300 metros de hitos ó mojones, los cuales llevarán el rótulo de *Fábrica de pólvora*.

12. No se permitirá trabajar en las fábricas con luz artificial.

13. La pólvora se guardará en sacos, y éstos en cajas de madera que se trasladarán diariamente á los almacenes.

14. Para solicitar el previo permiso de que habla la condición primera, deberá acompañarse á la instancia un plano topográfico y los correspondientes tanto á las construcciones como á los mecanismos que se hayan de emplear.

15. Antes de funcionar la fábrica será reconocida por el Arquitecto é Ingeniero de Minas de la provincia ó por los que puedan sustituir á estos funcionarios, sin cuyo informe no podrá concederse la oportuna licencia.

16. Los depósitos para la venta al por menor de estos combustibles en las poblaciones se sujetarán á lo que prevengan las respectivas Ordenanzas municipales, y faltando éstas, á las disposiciones que dicten los Ayuntamientos con la correspondiente aprobación.

Y 17. Para transporte de la pólvora se observarán las mismas precauciones que han estado en práctica hasta el presente.

d) **Hornos de cocer cal y ladrillos.**

Real orden de 19 de Junio de 1861.—*Construcción dentro de poblado. Hornos de cal y yeso.*

El Ministro de la Gobernación dijo con fecha 19 de Junio de 1861, al Gobernador de la provincia de..., lo que sigue:

«Enterada la Reina del expediente instruído en ese Gobierno de provincia relativo á las fábricas de yeso situadas dentro de la villa de..., y á la instancia presentada por D..., en queja de una providencia de V. S. referente al propio asunto:

Considerando que no ha acreditado el reclamante haber obtenido la autorización competente para establecer una fábrica de vidrio, y que aun cuando lo acreditara, jamás resultaría por ello legalmente habilitado para levantar en su lugar una fábrica de yeso:

Considerando que no se le concedió la licencia oportuna para construir esta última, y, por lo tanto, que nunca pudo hacer lo que hizo á la sombra de otra autorización de distinto género, ni aun en el caso de que constara ésta completamente justificada:

Considerando que la circunstancia de que dió conocimiento al Alcalde de su cambio de propósito, y de que éste hizo reconocer el horno de yeso por un Maestro de obras, no tiene tampoco ningún valor, en razón á que es sabido que para que un particular pueda fundar un establecimiento industrial de cualquiera clase, necesita que la Autoridad respectiva le faculte competentemente y de una manera expresa y terminante, sobre todo en aquellos casos en que, como el de que ahora se trata, puede comprometerse seriamente la salud del vecindario y perjudicarse en no pequeña escala los intereses de otros:

Considerando que si se necesita, como es indudable, la auto-

rización previa, no basta un simple reconocimiento hecho por un agente subalterno de la Autoridad para suponer que nadie se halla habilitado legalmente para levantar un establecimiento de semejante clase y para consagrarlo á la explotación de la industria á que se le destina:

Considerando que de admitir como principio administrativo esta teoría, se abriría por necesidad la puerta á todo género de abusos, siempre que la Autoridad se manifestase insolvente y descuidada en el cumplimiento de sus obligaciones:

Considerando que el hecho del reconocimiento no implica ni puede implicar de ningún modo la concesión previa á que el interesado se refiere, sino el más completo olvido de un importante deber municipal, y, de consiguiente, la imperiosa necesidad de hacer efectiva la responsabilidad oportuna:

Considerando que no puede admitirse en buenas reglas de policía urbana la construcción de fábricas de yeso dentro de toda población culta:

Considerando que los considerables repuestos de leña ó carbón de piedra que reclaman los hornos y fábricas de cal y yeso, la gran cantidad de aquellos artículos que de continuo se queman en ellos, las densas columnas de humo que ocasionan la combustión y la calcinación del yeso crudo, y las grandes masas, en fin, del polvo insalubre y dañoso que se desprenden al hacer las operaciones de molienda y cernido ofrecen respectivamente dentro de las poblaciones un peligro constante de incendio, constituyen sin duda alguna una causa permanente de alarma para los vecinos, que compromete sus intereses y su seguridad, hace desmerecer su valor y sus rendimientos las fincas urbanas, alteran grandemente la salud pública, ennegrecen las fachadas de los edificios, deterioran las ropas y los muebles, roban la pureza al aire que los habitantes respiran, y producen, por último, una multitud de daños y perjuicios de igual gravedad é importancia:

Considerando que las otras fábricas á que alude en su informe el Arquitecto provincial deben igualmente ser objeto de una medida general, S. M., oído el parecer de la Junta consultiva de Policía urbana y edificios públicos, ha tenido á bien adoptar las disposiciones siguientes:

1.ª Resolver que queda confirmado en todas sus partes el decreto de V. S. de 22 de Julio del año próximo pasado.

2.ª Mandar que en adelante no podrán establecerse dentro de poblado hornos ó fábricas de cal y yeso, ni á menos distancia de 150 metros de toda habitación.

3.ª Ordenar igualmente que no se otorgue autorización para levantar estos establecimientos á menor distancia de 50 metros de toda vía férrea ó carreteras de primero ó segundo orden.

4.ª Disponer que se forme expediente respecto á las demás fábricas á que se refiere en su informe ese Arquitecto provincial, para adoptar en su vista la resolución que proceda.

5.ª Exigir la más estrecha responsabilidad á los diversos agentes de la Administración que no cuiden de que las anteriores disposiciones tengan fiel y exacto cumplimiento.

Real orden de 22 de Diciembre de 1879.—*Hornos de cocer ladrillos.*

Remitido á informe del Consejo de Estado el expediente promovido por varios interesados contra un acuerdo de una Comisión provincial, relativo al establecimiento de unos hornos de cocer ladrillos, la Sección de Gobernación de dicho alto Cuerpo ha emitido el siguiente dictamen:

«Excmo. Sr.: El Ayuntamiento de... concedió permiso á los reclamantes para construir tres hornos de cocer ladrillos en terreno propio de otra persona, con las condiciones que al efecto les impuso, y sin perjuicio de tercero.

La razon social... reclamó contra tal acuerdo fundándose en que, además de perjudicar los hornos á la fábrica de tejidos y estampados que tenía en las inmediaciones, se había infringido con la concesión del permiso la Real orden de 19 de Junio de 1861 y la ley 10, título XIX, libro 3.º de la Novísima Recopilación.

La Escuela de Ingenieros industriales, á cuyo informe se pasó el expediente, manifestó que las emanaciones de los hornos serían sin duda perjudiciales á los trabajos que se verificaban en la fábrica de... y que ésta, por su proximidad, estaría constantemente en peligro de incendiarse.

En vista de este informe, y teniendo además presente la Comisión provincial que el establecimiento industrial, no sólo contiene las cuadras destinadas á trabajos, en las que gran número de obreros sufrirían durante el día las molestias ocasionadas por el humo que despedirían los hornos, sino que además tiene ha-

bitaciones donde se albergan algunos dependientes, revocó en 7 de Noviembre de 1876 el acuerdo apelado, citando como infringidas las leyes 9.ª y 10 del título y libro citados, que disponen que no se hagan hornos de yeso dentro de la Corte, sino en barrios retirados, y aun en ellos con las precauciones necesarias para evitar incendios, y prohíben la construcción dentro de Madrid de fábricas de teja y ladrillos; y la Real orden antes mencionada que prohíbe el establecimiento de hornos y fábricas de cal y yeso á menos distancia de 150 metros de toda habitación, y previene que tal resolución sirva de regla general en lo sucesivo para casos análogos.

Contra esta providencia se ha entablado recurso de alzada ante V. E., y en su virtud, se ha remitido el expediente de Real orden á informe de la Sección.

Al evacuarlo, observa ésta que el acuerdo del Ayuntamiento infringió la Real orden de 19 de Junio de 1861, de carácter general, y las leyes recopiladas citadas, por cuanto aquella Corporación, por más que el asunto fuese de su competencia, no debió conceder el permiso para establecer los hornos de cocer ladrillo, en oposición al espíritu de las disposiciones que rigen en la materia.

Estuvo, pues, en su lugar la providencia del Gobernador que dejó sin efecto aquel acuerdo dictado con infracción legal; y opina por tanto la Sección que se debe desestimar el recurso interpuesto contra la providencia del Gobernador.»

Real orden de 13 de Noviembre de 1880.—*Hornos de cal y ladrillo anteriores á 19 de Junio de 1861: no pueden ser removidos contra la voluntad de su dueño sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.*

Remitido á informe del Consejo de Estado el expediente relativo á la traslación de unos hornos de cal y ladrillo que en... posee D....., dicho alto Cuerpo en pleno ha emitido el siguiente dictamen:

«Excmo. Sr.: El Consejo ha examinado el expediente relativo á la remoción de unos hornos de cal y ladrillo, sitos en.....

Resulta que el Alcalde de dicho pueblo, alegando que D..... había rehabilitado un horno que se hallaba dentro de la zona

marcada en la disposición segunda de la Real orden de 19 de Junio de 1861, sin pedir la correspondiente licencia, dispuso la traslación á otro punto.

Habiendo reclamado el interesado, se resolvió por Real orden de 24 de Noviembre de 1877, dictada de acuerdo con el dictamen de la Sección de Gobernación de este Cuerpo, que mediante ser este asunto de la exclusiva competencia del Municipio, debia éste acordar respecto de él lo que estimara procedente. D..... presentó entonces una instancia al Ayuntamiento en solicitud de que dejara de funcionar la fábrica de cal y ladrillo contigua á una casa de su propiedad, instancia que fué desestimada por la Corporación municipal, entre otras razones, porque datando la fábrica del año de 1859, pudo establecerse sin permiso de la Autoridad por hallarse en aquella época totalmente separada de la población. Se alzó el solicitante de este acuerdo para ante el Gobernador de la provincia, invocando en su escrito de 20 de Noviembre de 1878 el recurso establecido en el párrafo segundo del artículo 171 de la ley Municipal, y fundándose en que habían sido infringidas las Reales órdenes de 19 de Junio de 1861 y de 22 de Noviembre de 1876.

Dicha Autoridad revocó la resolución del Ayuntamiento por considerar que existía, en efecto, una infracción manifiesta de las disposiciones de carácter general citadas por el reclamante, mandando en su consecuencia que se trasladaran los hornos á la distancia de 150 metros de toda habitación. De esta providencia se alzó á su vez el dueño de los hornos para ante el Gobierno, alegando que el Gobernador carecía de atribuciones para reformar un acuerdo que el Ayuntamiento había adoptado en asunto de su exclusiva competencia, contra el cual, por razón de la materia, no cabía otro recurso que el contencioso-administrativo; y que establecida en un despoblado desde 1859 la fábrica en cuestión, cuando aún no habían comenzado las construcciones de edificios en la colonia de la Paz, no le eran aplicables las disposiciones de la Real orden de 19 de Junio de 1861, y menos las de la de 22 de Noviembre de 1876.

La Sección de Gobernación de este Consejo, á quien V. E. volvió á pedir informe, lo emitió en el sentido de que, entablado por el dueño de la casa contigua á los hornos recurso de alzada contra el acuerdo del Ayuntamiento por infracción de disposi-

ciones de carácter general; invocado por el reclamante el derecho consignado en el art. 171 de la ley Municipal; ampliadas las prescripciones de los artículos 173, 174 y 175; pasado este expediente al Consejo para los efectos del segundo párrafo del 176, y siendo, por consiguiente, necesario examinar el fondo del asunto y decidir si realmente existía ó no infracción legal en denegar la pretensión formulada por dicho dueño, había que reconocer que el Ayuntamiento no ajustó su acuerdo á los preceptos que rigen en la materia.

Fundábase esta opinión en que la Real orden primeramente citada no sólo prohíbe establecer en adelante, y por consiguiente rehabilitar dentro de las poblaciones, ni á menos distancia de 150 metros de toda habitación, hornos ó fábricas de yeso y ladrillo, sino que considera los existentes como dañosos y perjudiciales en sumo grado, por constituir un constante peligro de incendio y alterar notablemente la salud pública, y sujetos, por consiguiente, á las medidas de seguridad y de higiene que los Ayuntamientos pueden adoptar en uso de sus atribuciones.

Pero como los hornos en cuestión se construyeron en despoblado, y la edificación urbana fué la que en su desarrollo se aproximó á la fábrica, no era justo disponer su traslación sin indemnizar previamente al propietario; dictándose con este criterio la Real orden de 21 de Noviembre de 1879, por la cual se declaró:

1.° Que estuvo en su lugar la providencia del Gobernador de la provincia.

2.° Que antes de expropiar de los hornos que explota á su dueño, debe instruirse el oportuno expediente y abonar la indemnización que proceda con arreglo á las leyes.

Suscitándose algunas dudas respecto de la manera de dar cumplimiento á la anterior Real orden, el Gobernador, separándose sustancialmente del dictamen de la Comisión provincial, mandó que se cerrasen desde luego los referidos hornos que no se hallasen á más distancia de 150 metros de toda habitación: que el Ayuntamiento procediera á instruir en el plazo de sesenta días el expediente de expropiación para indemnizar al interesado, con sujeción á las prescripciones de la ley de 10 de Enero de 1879 respecto de aquellos que, hallándose dentro de la expresada distancia, acredite que tiene sobre ellos propiedad; y que después de esto se proceda definitivamente á su traslación.

No conformándose el Ayuntamiento con esta providencia, que considera perjudicial y gravosa á sus intereses, previo dictamen de Letrado, y de acuerdo con la Junta municipal y vecinos contribuyentes, acordó recurrir en alzada para ante el Gobierno; y el Gobernador de la provincia, al elevar el expediente á la Superioridad, informa que debe desestimarse el recurso y que sería conveniente dictar una resolución general, declarando si los Ayuntamientos están ó no obligados á indemnizar á los poseedores de establecimientos fabriles é industriales para cuya instalación se necesita autorización administrativa cuando no justifican que ésta les ha sido otorgada.

Según se ve, trátase hoy del cumplimiento de la Real orden de 21 de Noviembre de 1879, que el Gobernador entiende en el sentido de mandar cerrar desde luego los hornos, sin perjuicio de que se determine luego en el expediente que se forme por el Ayuntamiento la indemnización que corresponda. Pero como el dueño de la casa se niega á ser deposeído, que á esto equivale el prohibirle usar de ella, sin que previamente se le indemnice, y como, por otra parte, el Ayuntamiento ha acordado no instruir el expediente de expropiación porque, á su juicio, no es de utilidad ni de necesidad pública la remoción de los hornos, hay que fijar la verdadera inteligencia de la disposición que se examina.

Los hornos en cuestión fueron construídos, según resulta de los antecedentes que el Consejo tiene á la vista, en el año 1859 á gran distancia de la población, constituyendo una fábrica que no ha dejado de funcionar hasta ahora, y no están, por consiguiente, comprendidos en las disposiciones posteriormente dictadas en 19 de Junio de 1861, que son las únicas reglas de carácter general que rigen en la materia, y mucho menos en las de la Real orden de 22 de Noviembre de 1876, que se dictó para resolver un caso particular que no tiene aplicación al presente.

Desde 1861 no se pueden levantar dentro de las poblaciones hornos destinados á fabricar yeso y ladrillos, ni á menos distancia de 150 metros de toda habitación. Tampoco se pueden rehabilitar aquellos que, existiendo ya cerca de la población, hayan sido abandonados. Pero los que fueron construídos antes de aquella fecha y no han dejado de funcionar, en términos de necesitar el dueño de autorización para ejercer nuevamente la industria, esos no pueden ser removidos contra la voluntad de

aquél, sino por causa de utilidad pública declarada en el oportuno expediente, y previa indemnización.

Sin embargo, para graduar la utilidad y necesidad pública de medidas como la que pretende D....., debe tenerse á la vista la cuantía de los gastos que su adopción acarrearía al presupuesto municipal ó á los vecinos, sobre todo, tratándose de pueblos de pequeña importancia, que no están en el caso de gastar enormes sumas para evitarse alguna de las muchas incomodidades en que necesariamente viven. Ni puede obligarse á los Ayuntamientos á acordar desde luego esta clase de expropiaciones, echando sobre los fondos del Municipio una carga superior tal vez á sus recursos. La legislación es incompleta en esta parte, ó es que ha preferido dejar á la iniciativa de dichas Corporaciones y al transcurso del tiempo el que vayan desapareciendo paulatinamente de las poblaciones esos establecimientos molestos é insalubres, más bien que dictar medidas coercitivas y onerosas que pudieran encontrar graves inconvenientes en la práctica.

El Consejo, pues, entiende:

1.° Que no procede compeler al Ayuntamiento reclamante á que instruya el expediente de utilidad y necesidad para la desaparición de los hornos de que se trata, sin perjuicio de que el Gobernador de la provincia excite su celo en este asunto.

Y 2.° Que tampoco procede cerrar ni trasladar en ningún caso la fábrica de yeso y ladrillos objeto de esta resolución sin que previamente se indemnice á su dueño con arreglo á las leyes.»

Y conformándose S. M. el Rey (Q. D. G.) con el preinserto dictamen, se ha servido resolver como en el mismo se propone.

FÁBRICAS

Real orden de 8 de Enero de 1884.—*Establecimientos industriales.*

Excmo. Sr.: Son varias las reclamaciones que han llegado á este Centro sobre los inconvenientes y oposición que generalmente se hacen al establecimiento de nuevas industrias ó de inventos recientemente hallados. A hacer que estos obstáculos desaparezcan hasta donde las disposiciones legales no lo impidan, y á amparar empresas tan dignas de la protección del Gobierno,

está llamado en primer término el Ministro de Fomento. Ayer era el gas el que pedía protección contra las dificultades rutinarias y comunes á todo invento ó industria nueva, y ahora apenas existen paseos, edificios ó establecimientos, así públicos como particulares, donde se emplee, no sólo como medio de alumbrado, sino hasta de calefacción económica; hoy la luz eléctrica y el teléfono desean poner nuestra capital á la altura propia del incremento que va tomando su población, y mañana esta misma electricidad aspirará juntamente á no dejarnos atrás en el empleo de estas maravillas de la ciencia moderna, queriendo cruzar la capital de tranvías ó ferrocarriles aéreos, que hagan la estancia en ella más económica y cómoda. Cierto es que todo esto no puede hacerse en un día, y que para ello hay que sobreponerse á prevenciones que la ciencia ya no admite y á la que no prestan su aquiescencia algunas disposiciones prudentemente dictadas cuando no eran del dominio público estos adelantos.

Es preciso, pues, que sin perder de vista la vigente legislación ni aquello que los tiempos han venido á asegurar sobre firme base, se procure allanar dificultades que al industrial se le ofrecen por la lentitud en la tramitación de los expedientes, y por la sistemática oposición en ciertas personas y Corporaciones á dar impulso á la industria y al trabajo, verdaderos ejes sobre que ha de girar la reforma para el porvenir. A la Dirección del digno cargo de V. E. es adonde principalmente corresponde iniciar y auxiliar este desarrollo, adoptando las medidas que crea conducentes á este objeto, sirviendo de base para ello las siguientes disposiciones, que así las Autoridades provinciales como las municipales deberán tener presentes cuando se solicite establecer alguna de las industrias indicadas ú otras que tuvieren semejante objeto; en su consecuencia, S. M. el Rey (Q. D. G.) ha tenido á bien resolver lo siguiente:

1.° Las Autoridades, tanto provinciales como municipales, y los dependientes de la Administración general procurarán por todos los medios que las leyes lo permitan facilitar el planteamiento y desarrollo de las industrias útiles, sin poner otros obstáculos que los que en las mismas leyes se establezcan, procurando la mayor brevedad en la tramitación de los expedientes que se formen con este objeto.

2.° Al resolver estos expedientes se cuidará siempre de deja

á salvo los derechos de los particulares y Corporaciones que justifiquen perjuicios reales y positivos causados por la industria ya establecida ó que haya de establecerse, entendiéndose que constituyen dichos perjuicios el detrimento notorio y la consiguiente depreciación que experimenten las propiedades rústicas ó urbanas limítrofes al establecimiento industrial ó á las obras que los dueños de éste ejecuten próximas al mismo.

3.° Las Autoridades solamente podrán prohibir las instalaciones de los establecimientos industriales dentro de las poblaciones en los casos siguientes:

Primero. Cuando la industria pueda perjudicar á la salud pública.

Segundo. Si hubiere peligro de incendio.

Tercero. Si leyes anteriores á esta disposición taxativamente lo prohibiesen.

4.° No se podrá impedir la instalación de los establecimientos industriales fuera de las poblaciones con las garantías y precauciones debidas.

MINAS

Ley de 6 de Julio de 1859. —*Calicatas y labores mineras.*

Art. 12. No pueden abrirse calicatas ni otras labores mineras á menor distancia de 40 metros de un edificio, camino de hierro, carretera, canal, fuente, abrevadero ú otra servidumbre pública, y 1.400 de los puntos fortificados, á menos de que en este último se obtenga licencia de la autoridad militar, y en los demás del Gobernador si se tratase de servicios ó servidumbres públicas, ó del dueño cuando se trate de edificios de propiedad particular.

Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868.—*Laboreo de minas.*

Art. 24. Todo minero deberá facilitar la ventilación de las minas colindantes, y estará sujeto á la servidumbre del paso de aguas de dichas minas hacia el desagüe general, y asimismo á las reglas de policía que en el Reglamento especial se determinen. Pero en todas estas servidumbres precederá la correspondiente tasación é indemnización.

Art. 25. Para ejecutar galerías de investigación, transporte ó desagüe, se seguirán las reglas que marca el art. 18.

Art. 26. Todo dueño de minas indemnizará por convenios privados ó por tasación de peritos, con sujeción á las leyes comunes, los daños y perjuicios que ocasionare á otras minas, ya por acumulación de aguas en sus labores si, requerido, no las achicase en el plazo de Reglamento, ya de otro modo cualquiera por el cual resultase menoscabo á intereses ajenos dentro ó fuera de las minas.

Entre los perjuicios ocasionados se contarán siempre los que correspondan al tiempo que tarde en verificarse el desagüe, y además entregará el causante al dueño de la mina perjudicada una parte de los beneficios obtenidos, si los hubiere, á juicio de perito.

Art. 27. Los mineros se concertarán libremente con los dueños de la superficie acerca de la extensión que necesiten ocupar para almacenes, talleres, lavaderos, oficinas de beneficio, depósitos de escombros ó escorias, instalación de máquinas, bocaminas, etc. Si no pudieran avenirse, ya en cuanto á la extensión, ya en cuanto al precio, el dueño de la mina solicitará del Gobernador la aplicación de la ley sobre utilidad pública.

En los informes del Ingeniero y de la Diputación se tendrán en cuenta y se apreciará como corresponda: primero, la necesidad de la expropiación; segundo, las ventajas que por una y otra parte ofrecen, ya la explotación de las minas, ya el cultivo ó explotación del suelo, para poner en claro de este modo cuál de ambos intereses debe ser atendido.

En todo caso deberá preceder al acto de expropiar la correspondiente indemnización.

MONTES

Ordenanza general de Montes de 22 de Diciembre de 1833.—*Prohibición de cortar y construir.*

Art. 151. Los propietarios colindantes no podrán cortar las ramas ó las raíces de los árboles que estén en las lindes del monte, aunque las extiendan dentro de su propiedad, si el árbol tiene ya más de treinta años. Aunque el árbol tenga menos edad, no

podrá tampoco hacerse á menos de diez varas del tronco, sin al autorización competente, bajo la multa ordinaria de toda corta en contravención de Ordenanza.

.....

Art. 154. No podrá establecerse ningún horno de cal, yeso, ladrillo ó tejas, ni temporalmente ni á perpetuidad, á menor distancia de mil varas de las lindes del monte, ni menos dentro de él, sin mi Real licencia, á propuesta de la Dirección general, bajo la multa de 300 á 1.500 reales vellón y la demolición de lo que se hubiere construído.

Art. 155. Tampoco se podrá, sin igual licencia, construir bajo ningún pretexto ninguna choza, barraca ó cobertizo, dentro ni á la distancia de mil varas de la linde del bosque, so pena de 160 reales vellón y su demolición inmediatamente.

Art. 156. No se podrá construir edificio ni casa de labor, sin igual previa licencia, á la distancia de 500 varas de un monte, cuya cabida sea mayor de 25.000 varas cuadradas, so pena de demolición. Si alguno pidiese la licencia, tomará recibo del Comisario del distrito, quien la enviará á la Dirección expresando el día en que presenta la solicitud, y si pasasen seis meses sin negarla, podrá proceder á la construcción del edificio ó casa que intentaba.

.....

Art. 158. Los habitantes de casas de labor ó edificios ya existentes, ó que se permitan construir dentro del radio prohibido, no podrán obtener allí ningún taller de labrar maderas ni almacén para el comercio de ellas sin mi Real permiso, á consulta de la Dirección general de Montes, so pena de 160 reales de multa y la confiscación de las maderas. Y si los que hubiesen obtenido este permiso dieren lugar á ser castigados por cualquier otro delito de montes, se les podrá recoger la licencia.

Art. 159. Ni dentro del monte ni á 2.000 varas de él podrá establecerse, sin igual permiso mío, ninguna sierra de maderas, bajo la pena desde 160 á 1.500 reales vellón y su demolición ó destrucción inmediata.

Art. 160. Están exceptuados de las cuatro disposiciones precedentes las casas ó artefactos que formen parte y estén en el recinto del vecindario del pueblo inmediato, aunque no se hallen fuera de las distancias señaladas.

Ley de 24 de Mayo de 1863.—*Montes públicos.*

Art. 9.° Subsistirán en los montes públicos las servidumbres, así como los aprovechamientos vecinales que existan legítimamente, cuando ni las unas ni los otros sean incompatibles con la conservación del arbolado.

Si lo fueren, cesarán ó se regularizarán, cuando haya posibilidad de esto último, á juicio del Gobierno, teniendo presentes las condiciones locales, é indemnizando previamente á los poseedores en los casos en que la justicia lo exija.

El Gobierno declarará la incompatibilidad de aquellas servidumbres y aprovechamientos, previa la instrucción del oportuno expediente, en el que se hará constar el informe facultativo del Ingeniero de Montes de la provincia y del perito que podrán nombrar los interesados. Contra las resoluciones que en su vista adopte la Administración podrá intentarse el recurso contencioso.

Reglamento de 17 de Mayo de 1865.—*Ejecucion de la ley de 24 de Mayo de 1863.*

TÍTULO V

Servidumbres sobre los montes públicos y aprovechamientos vecinales.

Art. 72. Las cuestiones que se susciten sobre subsistencia ó no subsistencia de servidumbres y aprovechamientos vecinales en los montes de carácter público se examinarán y resolverán por la Administración, sin perjuicio de lo que, á falta de conformidad de las partes, juzguen y fallen los Tribunales.

Art. 73. Cuando la servidumbre constituída á favor de particulares ó Corporaciones no sea objeto de cuestión, y, sin embargo, se considere incompatible con la conservación del arbolado de un monte público, el Gobierno podrá declarar la incompatibilidad, indemnizando previamente al poseedor si lo exigiese.

Para graduar el valor de la indemnización se pedirá informe al Ingeniero, y si aquel á cuyo favor esté constituída la servidumbre no se conformase con la tasación, se observará lo dispuesto en los artículos 56 y 57.

Art. 74. La incompatibilidad de las servidumbres y aprovechamientos vecinales sólo podrá declararse por el Gobierno cuando se probare, con audiencia de los interesados, que aun regularizados de un modo ó forma distinta, son inconciliables con la conservación del arbolado.

En este caso, si el monte respecto del que se declara la incompatibilidad de la servidumbre ó del aprovechamiento es del Estado, el Gobierno indemnizará á los poseedores con la cantidad ó en el modo y forma que parezca más conveniente, previo informe del Ingeniero de la provincia y de la Junta consultiva del ramo.

Cuando el monte sea de algún pueblo ó establecimiento público, será de cuenta de ellos la indemnización.

Art. 75. Para que haya lugar á la indemnización de que trata el artículo precedente, es necesario que la servidumbre ó disfrute vecinales funde en algún título legítimo de los que reconoce el Derecho.

En los demás casos, sólo teniendo presentes circunstancias de localidad y razones de que únicamente puede ser apreciador el Gobierno, podrá otorgarse indemnización.

Art. 76. Los Ingenieros de Montes destinados al servicio de las provincias, ó los que el Gobierno comisione especialmente al efecto, redactarán una Memoria de los montes situados en el término de cada pueblo, sujetos á alguna servidumbre ó aprovechamiento vecinal, expresando en ella el título ó la posesión que legitimen el ejercicio de aquel derecho y demostrando facultativamente si su subsistencia es ó no compatible con la conservación del arbolado.

Art. 77. Si el monte no sufriese ningún perjuicio por la continuación de la servidumbre ó aprovechamiento, reconocidos como legítimos, se respetarán éstos mientras los que estén en posesión del disfrute no consientan voluntariamente en su extinción y convengan con el dueño del monte en la indemnización que hayan de percibir.

Art. 78. Cuando el Ingeniero encargado considere la servidumbre ó aprovechamiento incompatibles con la conservación del arbolado de un monte, lo expondrá en una comunicación razonada al Gobernador de la provincia, y éste dispondrá la instrucción del expediente en que se oiga al particular, Corporación

ó común de vecinos interesados en la continuación de aquel gravamen, á un perito, que podrán nombrar los mismos, y al Consejo provincial.

Art. 39. Instruído el expediente en los términos prescritos, el Gobernador lo elevará al Ministerio de Fomento, el que, previos los informes que estime convenientes, declarará la compatibilidad ó incompatibilidad de la servidumbre ó aprovechamiento.

Contra la resolución que dicte el Ministro de Fomento sólo podrá acudirse por la vía contencioso-administrativa ante el Consejo de Estado.

Ley de 11 de Julio de 1877.—*Repoblación de los claros, calveros y rasos de los montes públicos.*

Art. 7.° Con arreglo á lo que dispone el art. 9.° de la ley de 24 de Mayo de 1863 y el tít. V del Reglamento que para su ejecución se dictó en 17 de Mayo de 1865, se procederá por los Ingenieros á practicar un detenido estudio de todas las servidumbres que gravitan sobre los montes, proponiendo en su caso lo más conveniente para la existencia de los mismos.

Real decreto de 18 de Enero de 1878.—*Cumplimiento de la ley de 11 de Julio de 1877 sobre repoblación y mejora de los montes públicos.*

CAPÍTULO VII

Servidumbres.

Art. 33. Los Ingenieros, en el detenido estudio que hagan de las servidumbres que graviten sobre los montes en cumplimiento del art. 7.° de la ley de 11 de Julio de 1877, procurarán poner en claro:

1.° Origen de las servidumbres.

2.° Sus condiciones legales.

3.° Títulos que determinen su existencia.

4.° Naturaleza de las servidumbres, si son continuas ó discontinuas.

5.° Si hay ó no abuso en el aprovechamiento de las mismas, y modo de corregirlo.

Y 6.° Medio de redimirlas en el caso previsto por la ley de ser incompatible con la existencia de los montes.

OCUPACIONES TEMPORALES

Ley de 10 de Enero de 1879.—*Expropiación forzosa.*

Art. 55. La Administración, así como las Corporaciones ó personas á quienes haya subrogado sus derechos, podrán ocupar temporalmente los terrenos de propiedad particular en los casos siguientes:

Primero. Con objeto de hacer estudios ó practicar operaciones facultativas de corta duración, que tengan por objeto recoger datos para la formación del proyecto ó para el replanteo de una obra.

Segundo. Con el establecimiento de estaciones y caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualquiera otra más que requieran las obras previamente declaradas de utilidad pública, así por lo que se refiere á su construcción, como á su reparación ó separación ordinarias.

Tercero. Con la extracción de toda clase de materiales necesarios para la ejecución de dichas obras, ya se hallen diseminados por la propiedad ó hayan de ser objeto de una explotación formalmente organizada.

Reglamento de 10 de Marzo de 1881.—*Aplicación al ramo de Guerra en tiempo de paz de la ley de 10 de Enero de 1879 sobre expropiación forzosa.*

Art. 62. El ramo de Guerra podrá imponer sobre las propiedades particulares la servidumbre de ocupación temporal, siempre que fuese necesario para la ejecución de las obras previamente declaradas de utilidad pública, y para la de las que se hallen exceptuadas de esta formalidad por el art. 11 de la ley de Expropiación en los casos y con los requisitos que se exigen en el art. 3.° de la mencionada ley y artículos correspondientes del Reglamento.

.....

Art. 72. Cuando la ocupación tenga por objeto la extracción de materiales, además del importe de la ocupación se abonará al propietario, si así procediese, el valor de los materiales extraídos con arreglo á las reglas siguientes:

Si los materiales consistiesen en guijo, grava, arena, tierra, piedras ó cantos sueltos ú otros análogos, sólo se abonará la indemnización que corresponde por los daños y perjuicios que por su extracción se ocasionen en el terreno; pero no se pagará nada por el valor de los mismos mientras no se pruebe clara y terminantemente por el propietario que, con anterioridad á la aprobación del proyecto de la obra, se explotaban aquellos materiales de un modo regular para una industria cualquiera, por cuyo ejercicio se pagaba la correspondiente contribución.

No bastará, por lo tanto, para declarar procedente el abono del valor de los materiales el que en algún tiempo hayan podido utilizarse algunos con permiso del dueño ó mediante una retribución.

Reglamento de 19 de Febrero de 1891.—*Aplicación al ramo de Marina en tiempo de paz de la ley de 10 de Enero de 1879 sobre expropiación forzosa.*

Art. 64. La Administración de Marina podrá imponer, sobre las propiedades particulares, la servidumbre de ocupación temporal, siempre que fuere necesaria para la ejecución de las obras previamente declaradas de utilidad pública y para la de las que se hallen exceptuadas de esta formalidad por el art. 11 de la ley de Expropiación en los casos y con los requisitos que se exigen en el tít. III de la mencionada ley y artículos correspondientes de este Reglamento.

La servidumbre de ocupación temporal es forzosa en lo que concierne á las fincas rústicas, pero sobre las urbanas no podrá nunca imponerse sin permiso expreso del respectivo propietario.

Art. 65. Cuando sea necesaria la ocupación temporal de una finca con objeto de practicar reconocimientos ú operaciones, reunir datos para la formación de proyectos ó replanteo de obras, etcétera, lo manifestará el Ingeniero encargado de la obra, al Comandante del Arsenal ó al de Marina de la provincia, por quien se le facilitará un oficio dirigido á los Alcaldes de los respectivos

términos municipales, requiriéndolos para que se le presten toda clase de auxilios, y muy especialmente el de que se obtenga el permiso de los propietarios, á fin de poder pasar por sus fincas, de conformidad con lo preceptuado en el art. 57 de la ley.

Los perjuicios que puedan irrogarse al propietario y el importe de la indemnización se regularán por dos prácticos nombrados el uno por el Ingeniero y el otro por el propietario, y se abonarán á éste inmediatamente después de hecha la tasación.

En caso de divergencia entre los prácticos, se estará á la apreciación que hiciere el Alcalde del respectivo término municipal ó el práctico en quien éste delegue sus funciones.

Sobre esta tasación podrán recurrir ambas partes al capitán general del Departamento.

Art. 67. También pueden ocuparse temporalmente las propiedades particulares en el caso 2.° de los enumerados en el art. 55 de la ley; esto es, para el establecimiento de caminos provisionales, talleres, almacenes, depósitos de materiales y cualesquiera otras servidumbres que requieran la construcción, reparación y conservación de la obra.

TELÉFONOS

Real decreto de 2 de Enero de 1891.—*Reglamento para la ejecución del Real decreto de 11 de Noviembre de 1890 reorganizando el establecimiento y explotación del servicio telefónico.*

Artículo 1.° Para el establecimiento de una red telefónica por el Estado precederá un estudio, que deberá constar: primero, de una Memoria en que se detalle la importancia de la red que se proponga establecer, población, industria, comercio y riqueza en general de la zona que haya de comprender; segundo, de un plano, arreglado á escala, que abrace todo el territorio á que ha de extenderse la red, señalando en él los puntos más convenientes para el emplazamiento de la central y sucursales; tercero, de un presupuesto aproximado del coste que podrá tener la instalación de la central y sucursales con las comunicaciones necesarias para unirlas entre sí; y cuarto, de otro presupuesto del coste probable de la instalación de cada estación de abonado, tomando

como longitud de la línea la mitad del radio que ha de comprender la red.

.....

Art. 26. Las redes y líneas telefónicas se considerarán de servicio público para todos los efectos de expropiación, *servidumbres* y relación con la propiedad particular, siendo de cuenta del concesionario los procedimientos que sean necesarios para hacer valer el derecho y el abono de la indemnización que por estos conceptos corresponda.

VÍAS PECUARIAS

Real decreto de 13 de Agosto de 1892.—*Asociación general de Ganaderos: vías pecuarias.*

Artículo 1.° Forma la Cabaña española todo ganado criado ó recriado en la Península de las cinco especies siguientes: lanar, caballar, vacuno, cabrío y de cerda, cualquiera que sea su raza y sin distinción de estante, trasterminante y trashumante.

Art. 2.° La Asociación general de Ganaderos se compone de todos los del Reino, cualesquiera que sean las especies de ganado que crien y el sistema de pastoreo que sigan.

Art. 3.° La Asociación tiene por objeto defender los derechos colectivos de la ganadería y cuidar de que sean fielmente observadas las leyes y disposiciones gubernativas concernientes:

1.° A la conservación y amojonamiento de los caminos pastoriles, de los descansaderos y abrevaderos.

2.° A la sanidad de los ganados.

3.° A la extinción de animales dañinos.

4.° A la importación del ganado extranjero y exportación del indígena.

5.° A los tributos de diversas clases impuestos á la ganadería.

6.° A las dificultades que se oponen al aprovechamiento de los pastos pertenecientes por títulos legítimos á los ganaderos.

7.° A la protección especial debida á los rebaños que están en camino.

Art. 4.° La Asociación general de Ganaderos tiene carácter administrativo, por versar su acción sobre asuntos de interés pú-

blico y sobre fincas de propiedad del Estado. En sus gestiones obra siempre como delegado del Gobierno, y muy especialmente al dirigirse á las Autoridades y á los Jefes de Administración, reclamando su auxilio en favor de los derechos é intereses de la clase, y es representante de ésta en las contiendas que acerca de unos y otros se susciten con los particulares.

Art. 5.° Todos los ganaderos tienen derecho á disfrutar los beneficios de la Asociación, sin preferencias ni privilegios, y por los servicios que la misma presta á la clase y al Estado, están obligados á su sostenimiento en la forma que determina el artículo siguiente.

Art. 6.° La Asociación general de Ganaderos del Reino cuenta para cubrir las atenciones de los servicios propios de su instituto con los recursos siguientes:

1.° El valor de las reses mostrencas.

2.° La tercera parte de las multas impuestas a los ganaderos por infracción de las leyes de policía pecuaria y á los roturadores de las vías pastoriles.

3.° El producto de sus fincas.

Art. 7.° En sustitución de los valores á que se refieren los números 1.° y 2.° del artículo anterior, la Asociación podrá celebrar conciertos con las Juntas locales de ganaderos ó con los Ayuntamientos, á razón de 5 pesetas anuales por millar de reses lanares ó su equivalencia en las demás especies, según la proporción siguiente:

Una cabeza de ganado caballar por ocho de lanar ó cabrío.

Una ídem de íd. vacuno por seis de íd. íd.

Una ídem de íd. de cerda por dos de íd. íd.

Art. 8.° Corresponde al Estado la décima parte de todo lo que la Asociación recaude por los conceptos 1.° y 2.° del art. 6.°, ó por el 7.°, cuyo importe deberá ingresar trimestralmente en el Tesoro, dando cuenta al Ministerio de Fomento de la fecha en que lo verifique y de la suma que representen las cantidades ingresadas. La Asociación dispone libremente de las nueve décimas partes restantes, tanto para administrarlas como para invertirlas.

Art. 9.° La Asociación general de Ganaderos se compone para el servicio de la clase:

1.° De las Juntas generales.

2.° De un Presidente nombrado por el Gobierno á propuesta en terna por dichas Juntas.

3.° De una Comisión permanente.

4.° De una oficina central.

5.° De Visitadores provinciales, de partido, municipales, permanentes y extraordinarios.

Art. 10. Los ganaderos quedan facultados para constituirse en Junta municipal, regional ó provincial, y el Presidente de la Corporación puede promover la constitución de estas Juntas donde lo estime conveniente para representar de un modo permanente á la Asociación, ó para tratar de alguno ó algunos asuntos especiales.

Art. 11. El Presidente de la Asociación es individuo nato del Consejo superior de Agricultura; los Visitadores provinciales lo son de las Juntas provinciales de Agricultura, y los Visitadores municipales de las de Sanidad de los pueblos.

Art. 12. Las vías pecuarias necesarias para la conservación de la Cabaña española y el tráfico de reses son: cañadas, cordeles, veredas, coladas, abrevaderos, descansaderos y los pasos. La anchura de las cañadas es de 75'23 metros (90 varas castellanas); la de los cordeles 37'61 metros (45 varas); la de las veredas es de 20'89 metros (25 varas); la de las coladas, así como la extensión de los abrevaderos, es indeterminada; los pasos son las servidumbres que tienen algunas fincas, para que por ellas, levantados los frutos, puedan cruzar los ganados.

Art. 13. Las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos de la ganadería son bienes de dominio público, y son imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legitimarse las roturaciones hechas en ellos.

En el caso de existir plantaciones ó edificaciones de larga fecha dentro del perímetro de una vía pecuaria, ó descansadero, la Asociación, sin perjuicio de las facultades é iniciativas que á la Administración corresponden para la defensa y reivindicación de los derechos que al Estado pertenezcan, instruirá el oportuno expediente, á fin de proveer, de acuerdo con el ocupante de buena fe, al servicio de la ganadería, debiendo elevarlo, una vez terminado, al Ministerio de Fomento para la resolución que proceda.

Art. 14. Las vías pecuarias y los abrevaderos y descansaderos estarán bajo la vigilancia de la Administración y la inmediata de

los delegados de la Asociación general de Ganaderos, de los guardas municipales y de la Guardia civil. Ésta prestará especial protección á los pastores en sus marchas con los ganados.

Art. 15. La Asociación general de Ganaderos, como representante de la Administración, está obligada á reivindicar para uso de la Cabaña española las vías pecuarias, los abrevaderos y descansaderos en todo ó parte usurpados, ejercitando al efecto ante los Tribunales y Autoridades correspondientes las acciones que competen al Estado respecto á los bienes de dominio público. De todo litigio que para ello promueva deberá dar cuenta inmediata al Ministerio de Fomento.

Art. 16. Queda á cargo del Cuerpo de Ingenieros de Montes la conservación y mejora del arbolado de las vías pecuarias en los montes públicos. Los pastores, al transitar por ellas, tienen el derecho de aprovechamiento de las leñas secas y rodadas para el hogar, y de cortar las estacas que necesiten para fijar las redes.

Los Jefes de los distritos forestales incluirán en los planes anuales de aprovechamiento respectivo el arbolado de dichas vías, conciliando el beneficio con las obligaciones arriba indicadas que tienen que cubrir, á cuyo efecto, y en armonía con lo dispuesto en el art. 87 del Reglamento de 17 de Mayo de 1885, dictado para el cumplimiento de la ley de 24 de Mayo de 1863, la Asociación general de Ganaderos, por sí, ó por medio de sus Visitadores, dirigirá á los Jefes indicados, dentro del primer trimestre de cada año natural, notas exactas de las necesidades especiales que el referido arbolado haya de satisfacer en cada caso, para que sean atendidas en el plan respectivo.

Art. 17. Cuando para construir un ferrocarril ó una carretera fuera preciso ocupar parte de una vía pecuaria se facilitará el paso de los rebaños con puentes ó pasos á nivel. Si la línea férrea ó la carretera que se ha de construir siguiese la misma dirección que la vía pecuaria, se adquirirá de los terrenos limítrofes lo necesario para agregarlo á la misma, á fin de que no quede interrumpido el tránsito de los rebaños.

La Asociación hará las reclamaciones oportunas si no se observasen en los trazados las reglas establecidas sobre la materia.

Art. 18. Cuando los dueños de los rebaños residentes en terrenos fronterizos tuviesen motivo de queja ó razón para recla-

mar contra ganaderos ó Autoridades extranjeras, la Asociación se dirigirá al Gobierno á fin de que procure, del modo que juzgue oportuno, se cumplan los Tratados vigentes.

Art. 19. Si se promoviese cuestión ó se suscitasen dudas entre los aduaneros y los dueños de los rebaños que pastan dentro de la zona fiscal sobre la aplicación de las órdenes expedidas para evitar el contrabando, el Visitador de la localidad podrá acudir en defensa de los ganaderos siempre que la razón esté de parte de éstos.

Art. 20. Cuando ocurriese duda sobre la aplicación de algún artículo arancelario, bien por no conocerse el estado de la lana, bien por no estar claramente definida la especie ó raza del ganado, ó sobre clasificación y adeudo del producto pecuario, la Asociación instruirá el oportuno expediente con objeto de que se expidan por la Administración las órdenes aclaratorias necesarias.

Art. 21. La Asociación tiene el deber de contestar á las consultas que se dirijan sobre asuntos pecuarios, siendo de su cuenta los gastos que originen los estudios, ensayos y pruebas que haga con tal motivo.

Art. 22. La Presidencia se podrá dirigir al Ministerio de Fomento solicitando noticias y datos sobre razas y precios de ganados, sobre sistemas de alimentación y sobre los resultados de ciertas reformas.

Art. 23. Un Reglamento especial dispondrá lo conveniente para la acertada aplicación de este decreto, y además la Asociación general de Ganaderos redactará los necesarios para el buen orden interior y el pronto despacho de los expedientes.

Real decreto de 13 de Agosto de 1892.—*Reglamento para la ejecución del Real decreto de esta fecha reorganizando la Asociación general de Ganaderos.*

.....

TÍTULO II

DE LA REPRESENTACIÓN EN PROVINCIAS DE LA ASOCIACIÓN GENERAL DE GANADEROS

CAPÍTULO I

De los Visitadores provinciales.

Art. 52. En cada provincia habrá, con residencia en la capital, á ser posible, un Visitador provincial de ganadería y cañadas, cuyos deberes y atribuciones son los siguientes:

1.° Vigilar y procurar el cumplimiento de las leyes y disposiciones superiores dictadas para el régimen, conservación y protección de la ganadería de todas especies, y particularmente las relativas á la conservación y libre uso de los pastos de aprovechamiento común, de las cañadas, cordeles, veredas, coladas y pasos, cuyas vías son conocidas con diversos nombres en cada país, y de los descansaderos y abrevaderos.

2.° Hacer las reclamaciones oportunas ante la Superioridad en defensa de los intereses pecuarios.

3.° Proponer á la Presidencia cuanto considere útil y conveniente para el fomento de la ganadería.

4.° Entenderse con los Visitadores de partido y municipales y darles instrucciones para el mejor desempeño de su cargo.

CAPÍTULO II

De los Visitadores de partido.

Art. 53. Habrá Visitadores de partido en todos los judiciales. Si las circunstancias geográficas del partido hiciesen conveniente su división, á juicio de la Presidencia, se formarán dos distritos, y para cada uno se nombrará un Visitador.

Uno de ellos residirá precisamente en el pueblo cabeza del Juzgado.

Art. 54. Los deberes y atribuciones de los Visitadores de partido son:

1.° Excitar el celo de los municipales.

2.° Representar los intereses de la clase ganadera en el partido.

3.° Formar y remitir á la Presidencia una relación descriptiva de las vías pecuarias existentes en el distrito, para lo cual pedirá á los Visitadores locales los datos precisos.

CAPÍTULO III

De los Visitadores municipales.

Art. 55. Corresponde á los Visitadores municipales de ganadería:

1.° Cuidar de que se instruyan los expedientes de excepción de venta de las vías pecuarias, y los de nulidad si se hubieren enajenado.

2.° Asistir á los deslindes de dichas vías en representación de la clase.

3.° Acudir á la Autoridad local en caso de epidemia, si no dicta medidas para evitar sus estragos, reclamando el cumplimiento de las disposiciones legales sanitarias.

4.° Cuidar de que no se malverse el producto de las reses mostrencas.

5.° Gestionar activamente para que se procure en los pueblos la extinción de animales dañinos, haciendo que se señale á los cazadores que los presenten el precio debido, ó bien que se reparta estricnina con las precauciones debidas.

6.° Prestar su apoyo á los Recaudadores de la Corporación.

7.° Formar y remitir las relaciones de que habla el caso 3.° del art. 54.

8.° Evacuar los informes que le pidan los superiores jerárquicos, y dirigirse á ellos siempre que sea conveniente á los intereses de la ganadería.

Art. 56. Los Visitadores municipales se dirigirán siempre de oficio á las Autoridades y á sus superiores jerárquicos.

CAPÍTULO IV

De los Visitadores permanentes.

Art. 57. Se llaman así los encargados por la Presidencia, con retribución fija anual, de recorrer las vías pecuarias para enterarse de su estado y de las infracciones de las disposiciones legales de policía pecuaria que se cometan.

Art. 58. Los Visitadores permanentes estarán constantemente en funciones de campo durante los meses de servicio ordinario, que son desde Septiembre á Junio. Los de Julio y Agosto podrán retirarse á su domicilio, pero quedando á las órdenes de la Presidencia.

Art. 59. Durante los meses de Julio y Agosto redactarán estos funcionarios una Memoria de sus tareas, que remitirán á la Presidencia. En ella expresarán también las necesidades pecuarias de las comarcas que hubiesen recorrido, de las obras en construcción ó en proyecto que afecten á la integridad de las vías pecuarias, y las medidas en su concepto más adecuadas para fomentar la ganadería.

Art. 60. Serán de oficio, y por escrito, las reclamaciones que presenten los Visitadores permanentes ante las Autoridades en favor de los intereses pecuarios, y tomarán nota de cuantas quejas les dirijan los ganaderos.

Art. 61. Los Visitadores permanentes no podrán detenerse en un pueblo más de tres días, y solicitarán de los Alcaldes de los pueblos que recorran estampen su firma y el sello del Ayuntamiento en el libro diario de las operaciones.

Art. 62. Son obligaciones especiales de estos Visitadores:

1.° Poner en conocimiento de la Presidencia las intrusiones é interrupciones que hallen en las vías pecuarias.

2.° Proponer el amojonamiento de las vías pecuarias, y el modo mejor y más económico de verificar la operación.

3.° Remitir á la Presidencia los datos precisos para formar los itinerarios de las vías pecuarias.

Art. 63. Los Visitadores permanentes podrán ser auxiliados por temporeros nombrados por la Presidencia, especialmente durante la época de la trashumación.

Art. 64. Los Visitadores permanentes se presentarán á los de provincia, de partido y municipales, bien para recibir noticias sobre el estado de la ganadería y las reclamaciones de la clase, bien para exponer lo que en su concepto deben hacer en bien de los intereses pecuarios.

CAPÍTULO V

De los Visitadores extraordinarios.

Art. 65. Son Visitadores extraordinarios los que la Asociación nombre para casos y servicios especiales.

Sus atribuciones son las que se establecen para los demás Visitadores en los capítulos precedentes y las que el Presidente considere conveniente conferirles en beneficio de la clase ganadera.

CAPÍTULO VI

De las Juntas locales de Ganaderos.

Art. 66. Los ganaderos de los pueblos podrán reunirse en Junta local, la cual será presidida por el que nombre el Presidente de la Asociación, á propuesta de aquélla.

Art. 67. Es objeto de las Juntas locales de ganadería:

1.° Tratar de los negocios de particular interés del ramo en la localidad.

2.° Procurar se concilien los intereses de los ganaderos en el señalamiento de lazaretos cuando invada á los rebaños de la localidad una enfermedad contagiosa.

3.° Entender, á fin de conciliar también los intereses de los ganaderos y de los terratenientes, en las cuestiones que se susciten con motivo del repartimiento de los pastos de rastrojera, cuando estén interceptadas unas por otras las fincas de varios propietarios.

TÍTULO III

DEL DESLINDE DE LAS VÍAS PECUARIAS

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Art. 68. Para los efectos del deslinde, las vías ó servidumbres pecuarias se dividen en vías de carácter local y vías de carácter general.

Son vías de carácter local las que cruzan el término de un solo pueblo é interesan solamente á la ganadería del mismo. Son vías de carácter general las que atraviesan el término de dos ó más pueblos ó interesan á la ganadería de las mismas.

Art. 69. El deslinde de las vías de carácter local corresponde al Alcalde del Ayuntamiento á que pertenezca el pueblo cuyo término cruza la servidumbre; y el de las de carácter general á los Gobernadores civiles, por medio de Delegados nombrados por los mismos, á propuesta del Presidente de la Asociación general de Ganaderos.

Art. 70. Los deslindes podrán acordarse de oficio por las Autoridades á quienes corresponda ordenarlos, cuando tengan noticia oficial ó extraoficial de que una vía pecuaria se halla obstruída ó usurpada, ó bien á virtud de denuncia escrita del Presidente de la Asociación general de Ganaderos, de los Visitadores de ganadería y cañadas, de los guardas de campo y de la Guardia civil. En el escrito de denuncia deberá expresarse la clasificación de la vía pecuaria, según el art. 68, la importancia de la intrusión, punto donde se haya cometido, nombres y domicilio de los intrusos, así como los de los dueños de los terrenos colindantes á la vía pecuaria cuyo deslinde se pretende.

El denunciante tendrá derecho á exigir recibo del escrito de denuncia.

Art. 71. En caso de duda, se entenderá para los efectos del deslinde que la vía pecuaria es de carácter general.

CAPÍTULO II

Del deslinde de las vías pecuarias de carácter local.

Art. 72. Dentro de los cuatro días siguientes al en que tengan conocimiento de alguna usurpación cometida en una vía pecuaria de carácter local ó se les denuncie el hecho en la forma que prescribe el art. 70, los Alcaldes procederán á reunir el Ayuntamiento para nombrar la Comisión que ha de dirigir el deslinde, fijar el día y punto en que ha de comenzar, convenir el orden que en él se ha de seguir, designar los peritos que han de concurrir y adoptar cuantas medidas se estimen oportunas para el mejor éxito de la operación.

De estos acuerdos deberá darse cuenta dentro del siguiente día al Gobernador de la provincia y al Presidente de la Asociación general de Ganaderos.

Art. 73. Si el Alcalde no cumpliere con lo prevenido en el artículo anterior dentro del plazo que el mismo fija, el denunciante podrá recurrir al Gobernador de la provincia, quien, si así lo estima oportuno, nombrará un Delegado que verifique el deslinde con arreglo á las leyes que se establecen para el de las vías de carácter general.

Art. 74. La Comisión á que se refiere el art. 72 se compondrá del Alcalde ó Teniente de Alcalde en quien delegue, Presidente; del Visitador municipal de ganadería, si el Presidente de la Asociación general de Ganaderos no designa otra persona que lo represente; un perito; un empleado del ramo de Montes, si lo hubiera; dos Concejales designados por el Ayuntamiento, y del Secretario del mismo, que lo será también de la Comisión.

Los deslindes deberán anunciarse en el *Boletín Oficial* de la provincia y en tres números consecutivos con quince días de anticipación por lo menos al en que hayan de comenzar, y por medio de edictos fijados en los sitios de costumbre en la capital del Ayuntamiento y en el pueblo á que corresponda la vía pecuaria.

Art. 75. Las operaciones de deslinde comenzarán precisamente dentro de los treinta días siguientes al del nombramiento de la Comisión que ha de practicarlo, á no existir causa perfectamente justificada que lo impida. En este caso, dicho plazo podrá ampliarse á cuarenta y cinco días.

Art. 76. Deberán ser citados en forma con quince días de anticipación para que asistan á las operaciones los dueños ó usufructuarios, ó sus apoderados ó administradores, de los terrenos colindantes á la vía pecuaria que se trate de deslindar, siempre que unos y otros sean conocidos y se hallen domiciliados con casa abierta en el término municipal en que aquélla se halle enclavada.

También deberán asistir, por si fuese necesario su testimonio para facilitar los trabajos de la Comisión, tres ancianos conocedores de las cosas del campo. El Visitador municipal de ganadería, ó la persona que haya de representar á la Asociación, deberá ser citado en forma administrativa, constituyendo la omisión de este requisito un vicio de nulidad del expediente.

Art. 77. En los expedientes de deslinde podrán emplearse como medios de prueba las certificaciones de documentos que existan en el Archivo de la Asociación general de Ganaderos, y en el municipal, los títulos de propiedad, y como complementario ó supletorio, el testimonio de ancianos conocedores de las cosas del campo.

El interesado que emplee este último medio de prueba lo propondrá por escrito al Presidente de la Comisión, expresando el nombre de los testigos, su residencia, edad, y si han ejercido el oficio de pastores, á fin de que se les cite para que asistan á las operaciones de deslinde. El pago de las dietas que devenguen, si las solicitan, será de cuenta de la parte que los hubiese presentado.

Art. 78. Si en la vía pecuaria que se trate de deslindar apareciere intruso el Alcalde, desempeñará la presidencia de la Comisión de deslinde el individuo del Ayuntamiento designado por la ley para sustituirle.

Art. 79. La falta de asistencia de alguno ó algunos de los interesados á las operaciones de deslinde no afectará á la validez de éste, si han sido citados en la forma que prescribe el art. 76 y se han publicado los anuncios y fijado los edictos, según determina el art. 74.

Art. 80. Las operaciones de deslinde no se suspenderán sin justa causa, á juicio del Presidente de la Comisión, sin que puedan considerarse como tal las protestas que formulen las partes interesadas, quienes sólo tendrán derecho á exigir que consten en el acta.

Art. 81. De las diligencias de deslinde se levantará diariamente acta, en que se consigne:

1.° Los puntos por donde pase la vía pecuaria deslindada.

2.° El nombre de los intrusos, si los hubiere, y la extensión superficial de terreno ocupado por cada uno.

3.° Las avenencias propuestas ó admitidas, protestas, reclamaciones y documentos que en el acto presenten los interesados.

4.° Las providencias que se dicten.

Art. 82. Las actas deberán ser firmadas por todos los que concurran á las operaciones; pero si alguno ó algunos de ellos no pudieran ó se negaran á hacerlo, bastará para su validez que las autoricen el Presidente de la Comisión, el Secretario y el Visitador de ganadería si concurriera.

Art. 83. Terminadas las operaciones, el Presidente de la Comisión podrá decretar la práctica de cualquiera diligencia que estime necesaria ó conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos. Estas diligencias se sustanciarán en el preciso término de ocho días, transcurrido el cual, y sin más trámites, dictará resolución aprobando el deslinde en los términos que procedan, de la cual dará inmediatamente cuenta al Gobernador de la provincia y al Presidente de la Asociación general de Ganaderos, notificándola en forma administrativa á todos los interesados ó á los apoderados, administradores ó representantes que hubieren concurrido á las operaciones, y publicándose además en el *Boletín Oficial* de la provincia para conocimiento de los que no hubiesen asistido.

Si resultaran intrusos, serán condenados al pago de los gastos que hayan originado las operaciones de dicho deslinde, en la parte proporcional á la intrusión ó usurpación por cada uno de ellos, cometida en la vía pecuaria.

Art. 84. Contra las resoluciones definitivas que se dicten en los expedientes de deslinde, podrá interponerse por los que se consideren perjudicados, recurso de alzada ante los Gobernadores civiles, dentro de los quince días siguientes al de la notificación ó al de su publicación en el *Boletín Oficial,* según los casos. Los Alcaldes deberán elevar á la Superioridad los recursos de alzada que se interpongan, con el expediente de su referencia, dentro del término de los cinco días siguientes á su presentación.

Los Gobernadores resolverán los recursos de alzada dentro

del término de diez días, contados desde el en que ingrese en el Gobierno, plazo que podrá ampliarse á treinta como máximo, si estimaran necesario la práctica de alguna diligencia para el esclarecimiento de algún punto dudoso. Contra las providencias de los Gobernadores no se dará otro recurso que el contencioso-administrativo, y de ellas deberá comunicarse inmediatamente traslado á la Asociación general de Ganaderos, con remisión de copia de las actas de deslinde.

Art. 85. Transcurrido el plazo que señala el art. 84 para interponer el recurso de alzada sin haberse presentado ó aprobado definitivamente el deslinde, se procederá á su ejecución y á la instrucción del oportuno expediente, con audiencia del interesado para exigir la responsabilidad que proceda, con arreglo á las prescripciones del tít. IV de este Reglamento, á los que aparezcan autores de las usurpaciones ó intrusiones cometidas en la vía pecuaria deslindada.

Art. 86. La interposición del recurso contencioso-administrativo no suspenderá la ejecución de las resoluciones administrativas recaídas en los expedientes de deslinde de vías locales y generales que hayan causado estado, sino en el caso que determina el art. 100 de la ley de 25 de Septiembre de 1888.

CAPÍTULO III

Del deslinde de las vías generales.

Art. 87. Cuando tenga noticia ó se les denuncie por escrito el hecho de estar usurpados ó interceptados terrenos correspondientes á una vía pecuaria de carácter general, los Gobernadores lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Presidente de la Asociación, á fin de que facilite todos los datos y antecedentes que existan en el Archivo de la misma referentes á la vía pecuaria obstruída ó usurpada. Al propio tiempo se dirigirá á los Alcaldes de los Ayuntamientos que aquélla cruce, reclamándole relación detallada de los nombres y domicilios de los dueños de los terrenos colindantes á la vía dentro de su respectivo término, y los antecedentes que existan asimismo en el Archivo municipal. Estos datos deberán ser remitidos por los Alcaldes dentro de los

diez días siguientes al en que reciban la comunicación reclamándoselos.

Art. 88. Recibidos los antecedentes que determina el artículo anterior, el Gobernador dictará providencia acordando la práctica del deslinde, fijando el día y punto en que han de comenzar las operaciones y disponiendo se cite en forma á todos los dueños de los terrenos colindantes á la vía pecuaria que se trata de deslindar, siempre que sean conocidos y tengan su domicilio en la demarcación del Ayuntamiento ó Ayuntamientos que aquélla atraviese. Si tuvieran Administradores se entenderá con ellos la citación.

Art. 89. De la anterior providencia dará conocimiento al Presidente de la Asociación general de Ganaderos para que proponga la persona que ha de dirigir el deslinde y presidir la Comisión del mismo, y á los Alcaldes de los términos municipales á quienes éste afecte, á fin de que nombre dos individuos del Ayuntamiento que formen parte de la Comisión y tres ancianos conocedores de las cosas del campo para que la auxilien en sus trabajos. El nombramiento de Delegado corresponde al Gobernador con arreglo á la propuesta que haga el Presidente de la Asociación.

Art. 90. El nombramiento de Delegado recaerá, á ser posible, en Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, de Montes, Agrónomos ó de Minas, que si fuesen de los afectos al servicio del Estado en la provincia, devengarán con cargo al presupuesto del mismo las dietas reglamentarias durante el tiempo que desempeñen dicho servicio. Si el nombramiento recayera en Ingenieros no afectos al servicio oficial ó en persona que no tenga dicho título, las dietas serán de 15 y 9 pesetas respectivamente, y se satisfarán por la Asociación general de Ganaderos. Si resultase que se han cometido intrusiones ó usurpaciones en la vía pecuaria deslindada, el pago de las dietas será en todos los casos de cuenta de los autores de aquéllas.

Art. 91. Los deslindes de las vías de carácter general se anunciarán con treinta días de antelación al en que hayan de comenzar en el *Boletín Oficial* de la provincia, durante tres números consecutivos, y por medio de edictos en los sitios de costumbre en todos los pueblos á que afecte. El cumplimiento de este requisito deberá hacerse constar en el expediente, y su omisión constituirá un vicio de nulidad del mismo.

Art. 92. En la práctica de las operaciones de deslinde de las vías pecuarias de carácter general se observarán las reglas establecidas para el de las de carácter local, en cuanto no se opongan á lo dispuesto en los artículos anteriores.

Art. 93. Terminado el deslinde, el Delegado Presidente de la Comisión del mismo remitirá el expediente con su informe al Gobernador de la provincia, quien dictará resolución dentro del término de quince días, aprobando las operaciones ó mandando rectificarlas. En el caso de que los Gobernadores estimen conveniente la práctica de nuevas diligencias para el esclarecimiento de algún punto dudoso, dicho plazo se considerará ampliado á cuarenta días, transcurridos los cuales, háyanse ó no aquéllas practicado, dictarán providencia definitiva, de la que deberán dar traslado al Presidente de la Asociación general de Ganaderos, con remisión de copia de las actas de deslinde, y notificarse en forma administrativa al Visitador provincial de ganadería y á los particulares que hubiesen concurrido á las operaciones de deslinde ó á sus apoderados ó Administradores, publicándose además en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Art. 94. De las resoluciones definitivas que dicten los Gobernadores en los expedientes de deslinde de vías pecuarias de carácter general, podrá interponerse por la presidencia de la Asociación general de Ganaderos y por los particulares ó Corporaciones que se consideren perjudicados, recurso de alzada para ante el Ministerio de Fomento. Dicho recurso podrá presentarse en el Gobierno civil respectivo ó en el referido Ministerio dentro del plazo improrrogable de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la providencia contra que se recurra.

Art. 95. Interpuesto el recurso de alzada, los Gobernadores lo elevarán á la Superioridad con el expediente de referencia, dentro del término del quinto día de su presentación, dando de ello conocimiento al Presidente de la Asociación general de Ganaderos.

Art. 96. El Ministerio de Fomento, oído el parecer de la Sección de Ganadería del Consejo Superior de Agricultura, Industria y Comercio, dictará en el expediente la resolución que estime oportuna, contra la cual no se dará otro recurso que el contencioso-administrativo ante el Consejo de Estado.

De las resoluciones que recaigan se dará también traslado á la Asociación general de Ganaderos.

CAPÍTULO II

Del amojonamiento de las vías pecuarias.

Art. 97. Una vez que sean firmes las resoluciones aprobatorias de los deslindes de vías pecuarias, se procederá á un amojonamiento. La práctica de esta operación corresponde á la Autoridad municipal del Ayuntamiento á que corresponda la vía que se trate de amojonar.

Art. 98. Las cañadas, cordeles y veredas y los descansaderos y abrevaderos que estén corrientes no serán deslindados, pero sí amojonados, encargándose de practicar la operación la Asociación general de Ganaderos.

Art. 99. En los amojonamientos se observarán las reglas siguientes:

1.ª Se colocarán los hitos en las cañadas, que son las vías más importantes por su extensión; después se seguirá la operación por su orden en las vías y servidumbres nombradas.

2.ª Los hitos, á ser posible, serán de piedra, y en ellos se escribirá el nombre de la vía y el número correspondiente.

Si no fuesen de piedra, se procurará, en todo caso, que los mojones sean permanentes.

3.ª Los hitos ó mojones se colocarán siempre pareados en ambos lados de la vía, quedando entre ellos la anchura legal de la misma.

Art. 100. El coste de la operación lo sufragará la Asociación general de Ganaderos, y cuando hubiese intrusiones lo abonarán los intrusos.

Art. 101. Deberán ser citados con quince días de antelación para que concurran al amojonamiento, un representante de la Asociación de Ganaderos y los propietarios de los terrenos colindantes que hayan concurrido al deslinde, ó hayan estado representados en él. Si se tratase de una vía que no hubiese sido deslindada, deberán ser citados, sin excepción, todos los propietarios colindantes.

Art. 102. De las operaciones de amojonamiento se levantará acta por triplicado, remitiéndose uno de los ejemplares al Go-

bierno civil respectivo, otro á la Asociación de Ganaderos y el restante quedará archivado en el Ayuntamiento correspondiente.

Art. 103. Las protestas ó reclamaciones que se formulen en el acto del amojonamiento no suspenderán su ejecución, pero no se considerará definitivo sin la aprobación del Gobernador civil, á quien se remitirán todos los antecedentes, una vez terminado.

Contra la resolución que aquél dicte no se dará otro recurso que el contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial respectivo.

Art. 104. La alteración de los mojones ó hitos será castigada con arreglo á lo preceptuado en el capítulo siguiente.

TÍTULO IV

CAPÍTULO ÚNICO

Penalidades contra los intrusos y usurpadores de las vías pecuarias.

Art. 105. Será aplicable á las faltas cometidas contra la existencia é integridad de las vías pecuarias la legislación penal de Montes, modificada por Real orden de 8 de Mayo de 1884, en la forma siguiente:

1.° El que rompiere ó roturase todo ó parte de una vía pecuaria incurrirá en una multa igual al valor de lo aprovechado.

2.° El que alterase hitos, mojones, lindes ó cualquiera otra clase de señales destinadas á fijar los límites de las vías pecuarias será entregado á los Tribunales ordinarios para el castigo correspondiente.

3.° El que cortare ó arrancare árboles, leñas gruesas ó ramaje del monte que se crie en las vías pecuarias será castigado con una multa igual al valor de los productos, los cuales serán decomisados. Además indemnizará los daños y perjuicios. Queda á salvo la facultad concedida á los pastores por el art. 15 del Real decreto de esta fecha.

4.° Si los productos hubieren sido extraídos con ánimo de lucrarse, conocerá de la falta el Tribunal ordinario correspondiente para la imposición de la pena que proceda, con arreglo al Código penal.

Se entenderá que hay reincidencia siempre que al dictarse el

acuerdo imponiendo las multas no haya transcurrido un año desde la fecha en que el contraventor hubiere sufrido otro castigo análogo.

5.° En caso de ser dos ó más los intrusos ó roturadores arbitrarios, la Autoridad correspondiente señalará la cuota proporcional de que debe responder cada uno, así en concepto de multa como en concepto de indemnización por daños y perjuicios, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

Art. 106. La responsabilidad de los contraventores se extingue:

1.° Por la muerte del infractor cuando á su fallecimiento no hubiere recaído providencia definitiva.

2.° Por el pago de la multa.

3.° Por indulto.

4.° Por la prescripción de la falta.

5.° Por la prescripción de la pena.

Art. 107. Las multas impuestas prescriben al año. El tiempo de esta prescripción comenzará á correr desde el día en que se notifique la providencia firme al denunciado; y se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando cometiese una nueva infracción antes de completarse el tiempo de la prescripción, ó cuando por consecuencia de lo dispuesto en la ley Electoral no se pudiera proceder á la exacción de la multa, sin perjuicio de que la prescripción pueda empezar á correr de nuevo en este último caso.

En este caso, el tiempo para la prescripción volverá á correr desde el día siguiente al de la terminación del período electoral, acumulando á él el transcurrido antes de su interrupción.

Art. 108. De todas las multas que se impongan á consecuencia de denuncias de la Asociación general de Ganaderos, corresponde la tercera parte á la misma, que no podrá ser condonada.

Si la multa se hubiera impuesto en virtud de denuncia presentada por la Guardia civil, dicha tercera parte se dividirá por mitad entre el denunciante y la Asociación, quienes la harán efectiva en la forma que establece la orden de la Dirección de Estancadas de 24 de Agosto de 1877 para el abono de las multas que se imponen por infracción de las leyes y Ordenanzas de Montes, sustituyendo el Jefe de la Sección de Fomento de la provincia al Ingeniero Jefe del distrito forestal en las funciones que para dicho efecto establece para éste la orden citada.

Art. 109. Son Autoridades competentes para conocer de la imposición y exacción de las multas y demás responsabilidades prescritas en los artículos anteriores, los Gobernadores civiles de las provincias y los Alcaldes, con sujeción á las reglas siguientes:

1.ª Las multas y responsabilidades de las infracciones pecuarias serán impuestas por los Alcaldes cuando sea la vía local y su importe no exceda del límite para que los faculta la ley Municipal.

De toda denuncia que se les presente y multa que impongan, deberán los Alcaldes dar cuenta inmediatamente al Gobernador civil.

2.ª Las que excedan de dicho límite deberán ser impuestas por los Gobernadores, así como cuando la falta se hubiere cometido en vías generales.

3.ª De los daños causados en las vías pecuarias, cuyo importe exceda de 2.500 pesetas, conocerán los Tribunales de Justicia.

Art. 110. En el caso de que hubiese lugar á tasar el importe de lo aprovechado y de los daños y perjuicios, el Alcalde, si se trata de vía local, dará conocimiento al Presidente de la Asociación general de Ganaderos de la tasación hecha por los peritos, dentro de los dos días siguientes á la terminación de las operaciones, para en su vista acordar lo que proceda.

Art. 111. Cuando por la naturaleza del hecho que motive la denuncia, por la cuantía de la multa que haya de imponerse, ó por el importe de los daños causados, correspondiese el conocimiento del asunto á los Gobernadores ó Tribunales de Justicia, con arreglo á lo preceptuado en el párrafo anterior, el Alcalde, ó el Gobernador en su caso, remitirán inmediatamente las diligencias á la Autoridad competente.

Art. 112. De las providencias de los Alcaldes imponiendo multas podrá interponerse recurso de alzada dentro del plazo de quince días ante el Gobernador de la provincia, y contra las que éstos dicten ante el Ministerio de Fomento, dentro del de treinta.

Art. 113. Para el pago de toda multa se concederá un plazo proporcional á su cuantía que no baje de diez días ni exceda de veinte, pasado el cual se procederá al apremio contra los morosos.

El apremio no será mayor del 5 por 100 diario del total de la multa, sin que exceda en ningún caso del importe de la misma.

El referido plazo empezará á contarse desde el día en que se

notifique administrativamente la imposición de la multa al interesado.

Art. 114. Cuando los multados dejasen de satisfacer la multa, no obstante el apremio, los Gobernadores y los Alcaldes, según sea el importe de aquélla, oficiarán á la Autoridad judicial para que proceda á la exacción con arreglo á derecho.

Art. 115. Las multas y los apremios serán satisfechos en papel de pagos al Estado.

El importe de la indemnización por daños y perjuicios, así como el valor de los aprovechamientos, se satisfará en metálico, ingresando en las arcas del Tesoro las dos terceras partes de él, y la otra en las de la Asociación general de Ganaderos.

Art. 116. De las sentencias firmes que recaigan en las causas por daños de toda clase ocasionados en vías pecuarias, las Salas de Justicia remitirán copia en tiempo oportuno y por conducto del Presidente de la Audiencia á los Gobernadores de las provincias respectivas, para que éstos la pasen á quien corresponda, según previene la Real orden dictada por el Ministerio de Gracia y Justicia de 8 de Noviembre de 1880.

Art. 117. Los Gobernadores civiles remitirán trimestralmente á la Dirección general de Agricultura, Industria y Comercio, una relación detallada de las denuncias presentadas en su provincia por faltas cometidas en las vías pecuarias, y de las multas impuestas por dichas Autoridades y por los Alcaldes, dentro de sus respectivas facultades, y de las que se hayan hecho efectivas.

Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de 26 de Junio de 1893.—*Deslinde de vías pecuarias: nulidad del practicado por un Ayuntamiento cuando se trate de un estado posesorio que sólo puede discutirse ante los Tribunales ordinarios, y no de intrusión reciente y de fácil comprobación.*

En la villa y Corte de Madrid, á 9 de Diciembre de 1892, en el recurso contencioso-administrativo promovido por D....., hoy su viuda, mayor de edad y vecina de esta capital, representada por el Licenciado D ...., á virtud de poder que obra en autos, sobre revocación de los acuerdos del Ayuntamiento de..... y Gobernador civil, referentes al apeo y deslinde de las servidumbres pecuarias de dicho término y sobre que se declare la nulidad del expe-

diente, en cuyo recurso ha sido también parte el Sr. Abogado del Estado;

Resultando de los anuncios insertos en los *Boletines Oficiales* de la provincia que en 26 de Diciembre de 1876 salió á pública subasta, como perteneciente á los bienes de Propios del pueblo de....., un terreno en monte espeso, sin que se expresara más carga que la de que tenía la servidumbre de Norte á Sur, y otra de Norte á Este; en 6 de Febrero de 1877, el terreno de... ., con la servidumbre de dos cañadas de 45 varas de anchura; una de Este á Oeste, y la otra de Sur á Este; y en 12 de Septiembre de 1875 el terreno de....., sin indicación de cañada ni servidumbre alguna:

Resultando que adjudicados dichos tres terrenos á D....., se otorgaron á su favor las escrituras públicas judiciales que han sido inscritas en el Registro de la propiedad, y son de fecha 27 de Noviembre de 1876, 28 de Abril y 3 de Mayo de 1877, en todas las cuales se insertan los anuncios de ventas en los mismos términos consignados en el resultando anterior, y lo mismo se hace en las tomas de posesión que se dieron al comprador por el Alcalde:

Resultando que habiendo comprado el mismo en 1877 otras fincas de propiedad particular, colindantes con las tres que adquirió de los bienes de Propios del propio pueblo, hizo un coto redondo y le cercó de tapia, dejando á la entrada y á la salida portilleras para las servidumbres indicadas en sus títulos de propiedad:

Resultando que en el informe de 11 de Marzo de 1884 reconoce el Ayuntamiento que las paredes de cerramiento se hallan construídas hace ocho años, y que si no se puso impedimento alguno fué por haberse valido el adquirente de hacer de noche parte de ellas y particularmente en las portilleras de entradas y salidas:

Resultando que determinó el Ayuntamiento el reconocimiento y deslinde de las servidumbres pecuarias de todos sus términos, y habiendo pedido á la Asociación general de Ganaderos que, para mayor seguridad de acierto, asistiera á dichas operaciones el Visitador de ganaderías y cañadas del partido, accedió dicha Asociación, á pesar de lo que no constan firmadas por aquél las operaciones de deslinde de los siete primeros días, ni se menciona su nombre en ellas, sino sólo el de un Visitador municipal;

pero posteriormente y en las actas de reconocimiento de los terrenos comprados se hace intervenir al Visitador de ganaderos y cañadas del partido que firma al final:

Resultando que al marido de la actual dueña causahabiente de dichos terrenos, del primitivo comprador, no se le citó previamente para que pudiera asistir á las operaciones de deslinde, en los que la Comisión se entendió solamente con el guarda de aquél:

Resultando que practicadas las operaciones de deslinde que constan en los 18 primeros folios del expediente de su razón, fueron remitidas por el Alcalde á la Asociación general de Ganaderos, la que contestó que no constaban en el expediente de deslinde todos los requisitos prevenidos para su ejecución en el capítulo XII del Reglamento de la Asociación, por lo que, con un ejemplar de éste, devuelve el expediente, á fin de que se le revista de toda la legalidad que está prevenida, siendo circunstancia muy especial el que el expediente de deslinde ejecutado esté de manifiesto en ese Ayuntamiento por término de quince días para el que quiera reclamar, y en el caso de no haber reclamación, resolver la aprobación del deslinde y ordenar su ejecución:

Resultando que, en su virtud, el Alcalde mandó exponer al público el expediente de deslinde, lo que se hiciera saber por medio de edictos fijados en los sitios de costumbre é insertos en el *Boletín Oficial*, y en el expediente ni obran los edictos ni el *Boletín Oficial* en que se insertaran, constando sólo por testimonio del Secretario del Ayuntamiento con el V.° B.° del Alcalde que dichos requisitos se llenaron:

Resultando que en las diligencias de deslinde se consigna al folio 10 que en el sitio de..... existe el camino de....., de 45 pasos de anchura, según el apeo de 1862, aprobado por el Gobernador en 1.° de Septiembre de 1863, y como el terreno estaba cerrado y sólo tenía una portada de entrada y otra de salida, de ocho varas cada una, dispuso la Comisión que éstas se ensancharan hasta 45 pasos:

Resultando que en el sitio de..... halló la Comisión un camin cañada que, según el apeo de 1862, era de 45 pasos de anchura, y vió que á su terminación se hallaba cerrado por pared de piedra doble, que privaba la entrada y salida por aquel sitio:

Resultando que la misma Comisión halló en el sitio de lo

Canchales, propio de la interesada, que éste se hallaba cerrado y con un tarjetón que decía: «Coto redondo», y que allí no existía el camino antiguo de 45 pasos según el apeo de 1862:

Resultando que por acuerdo del Ayuntamiento, se aprobó el deslinde referido y se mandó requerir al dueño de las fincas para que dejase las servidumbres en el ser y estado que deben tener; apercibido que de no verificarlo inmediatamente se hará por el Ayuntamiento, notificándosela al mismo:

Resultando que éste acudió al Gobernador civil contra las operaciones de deslinde hechas por el Ayuntamiento, ya por los vicios de nulidad que contenían, ya porque iban dirigidas á perturbar la propiedad y posesión de que él venía disfrutando desde que en 1876 y 1877 compró al Estado las fincas en cuestión, y seguido el expediente por sus trámites, el Gobernador, después de oir á la Asociación de Ganaderos, á la Comisión permanente de la Diputación provincial y á la Sección de Fomento, desestimó la instancia y mandó al Alcalde que procediera inmediatamente á la ejecución del acuerdo recaído en el expediente de deslinde de las servidumbres pecuarias, dejando libres y expeditas las que se han hallado obstruídas:

Resultando que contra la expresada decisión del Gobernador civil se ha promovido en tiempo la presente demanda contenciosa por D..., la que por muerte de éste ha continuado su viuda:

Resultando que en dicha demanda se alega que las fincas se adquirieron en propiedad por el padre de la demandante, por las escrituras ya referidas en los anteriores resultandos; que entonces se respetaron los deslindes hechos por los peritos para los anuncios de ventas; que cuando se hicieron las tapias en 1877 se dejaron fuera de ellas los mojones puestos por los peritos al deslindar las servidumbres de los Canchales, y se dejaron portilleras de igual anchura que la servidumbre para no interrumpir los pasos; que este estado de cosas ha venido respetándose por el Ayuntamiento, que le conocía, hasta el deslinde de 1883; y de estos hechos se deduce que el Ayuntamiento tiene que limitarse á reivindicar las usurpaciones recientes y de fácil comprobación, y no puede, á pretexto de deslinde de servidumbres pecuarias, derribar tapias que no impiden ninguna, y que se hicieron sin su oposición y tienen siete años de existencia, ni cambiar la propiedad ni el estado posesorio del demandante, lo que sólo es de la compe-

tencia de los Tribunales ordinarios; y concluyó suplicando que se deje sin efecto el acuerdo del Alcalde, que se ordene á éste que respete la quieta posesión del demandante, ó en otro caso, que se ordene la rectificación del deslinde con intervención de dicho demandante, y sujetando dicha operación al art. 8.º del Real decreto de 3 de Marzo de 1877 (1):

Resultando que considerada la anterior como reclamación contenciosa, se ha ampliado después por el Letrado apoderado en forma, alegando que en la operación de deslinde se han infringido: el art. 67 del Reglamento de la Asociación de Ganaderos, porque no precedió la queja de los Visitadores de ganadería ó empleados de montes; el 68, porque asistieron á los deslindes diferentes personas de las que debían; el 8.º del Real decreto de 3 de Marzo de 1877, porque no pudiendo haber más que una sola cañada en cada provincia, y pasando por... la cañada Real Segoviana, no puede darse la extensión de cañadas á simples coladas-alegando los mismos fundamentos de derecho sobre la incompetencia del Tribunal Contencioso por tratarse de una propiedad y posesión de siete años y no de una intrusión reciente:

Resultando que el Abogado del Estado sólo se opuso á esta demanda en forma condicional, ó sea negando que los linderos actuales de las fincas sean los asignados por la Hacienda en el anuncio de subasta, y que la demandante venga en quieta y pacífica posesión de los mismos terrenos que le vendió la Hacienda, por espacio de siete años, y sólo al efecto de que el demandante proponga y promueva la práctica de la prueba conveniente:

Resultando que, recibido el expediente á prueba, no se ha practicado ésta por no haberla articulado ninguna de las partes:

Considerando que si bien es cierto que, conforme al núm. 3.º del art. 81 de la ley Municipal vigente, es atribución de los Ayuntamientos el cuidado, conservación y reparación de los caminos y veredas, no pueden dichas Corporaciones, á pretexto de tal atribución, hacer otra cosa que reivindicar las usurpaciones recientes y de fácil comprobación, según varias decisiones del Consejo de Estado, y entre ellas el Real decreto-sentencia de 29 de Marzo de 1881:

---

(1) Art. 12 del Real decreto de 13 de Agosto de 1892.

Considerando que en el mismo sentido deben entenderse las atribuciones que el Real decreto de 3 de Marzo de 1877, que aprueba el Reglamento de la Asociación de Ganaderos, da á éstas por medio de sus Juntas y Comisiones para la defensa de los derechos de la ganadería y conservación de las cañadas y servidumbres pecuarias:

Considerando que, por lo tanto, no existe materia administrativa que autorice el deslinde de servidumbres pecuarias á que se refiere el expediente formado por el Ayuntamiento por lo referente á las tres fincas de la demandante, desde el momento que dicho Ayuntamiento ha confesado en el curso de dicho expediente que no se trata de una instrucción reciente y de fácil comprobación, sino de un estado posesorio de siete ú ocho años, pues no ha contradicho que intervino en los deslindes que dieron por resultado los anuncios de ventas de las tres fincas en cuestión, y que, compradas éstas por el padre de la demandante, le dió posesión de las mismas, sin protestar tampoco cuando las cercó, ni de la mayor ó menor amplitud que diera á las portilleras que dejó para el uso de las servidumbres:

Considerando que, por lo tanto, y aun en la hipótesis de que en 1877 hubiera disminuído ó interrumpido el comprador las servidumbres pecuarias, tiene hoy ya un estado legal que no permite discutir sus derechos de posesión y propiedad más que ante los Tribunales de justicia, para los que queda intacta la cuestión y no prejuzgada:

Considerando que aunque no impidiere el lapso del tiempo el expediente administrativo, en ningún caso serviría el presente para variar el estado actual de las servidumbres de las heredades de la demandante, pues ni empezó por denuncia de las personas autorizadas por el art. 67 del Reglamento de la Asociación de Ganaderos, ni se cumplió el 69, pues no se citó previamente al marido de la dueña para que en la operación de deslinde hubiera podido alegar su derecho, ni asistieron al deslinde todas las personas que exige el art. 70:

Vistos el art. 81 de la ley Municipal, el Real decreto-sentencia de 29 de Marzo de 1889 y el Real decreto de 3 de Marzo de 1877;

Fallamos que debemos revocar y revocamos los acuerdos del Ayuntamiento de..... y Gobernador civil; se declara la nulidad del

expediente por no versar sobre intrusión reciente y de fácil comprobación, sin perjuicio del Ayuntamiento de poder reivindicar en el juicio civil ordinario correspondiente las fincas, servidumbres y derechos del pueblo de que con la antigüedad de más de año y día crea que ha sido desposeído, sin hacer especial condenación de costas.»

Resultando que contra la anterior sentencia presentó el Abogado del Estado, en 16 de Diciembre de 1892 recurso de apelación, que fué admitido para ante este Tribunal de lo Contencioso-administrativo, con citación y emplazamiento de las partes:

Resultando que, elevadas las actuaciones de primera instancia, compareció en tiempo el Fiscal á sostener el recurso, y posteriormente el Licenciado D..... en nombre y con poder de Doña....., parte apelada, teniéndolos el Tribunal respectivamente por personados:

Aceptando los resultandos y considerandos de la sentencia recurrida;

Fallamos que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal provincial de Madrid el 9 de Diciembre de 1892, objeto del presente recurso, imponiendo las costas de esta instancia á la Administración como parte apelante.

ZONA DE FERROCARRILES

Ley de 23 de Noviembre de 1877. — *Ocupaciones temporales.*

Art. 31. .....

3.° La facultad de abrir canteras, recoger piedra suelta, construir hornos de cal, yeso y ladrillo, depositar material y establecer talleres para elaborarlos en los terrenos contiguos á la línea. Si estos terrenos fueren públicos, se usará de aquella facultad dando aviso previo á la autoridad local; mas si fuesen de propiedad particular ó de las provincias ó Municipios, no se podrán usar de ellos sino después de avenidas las partes, ya sea por mutuo concierto, ya en virtud de la ley de Expropiación forzosa en cuanto á la ocupación temporal se refiere.

Ley de 29 de Noviembre de 1877.—*Policía de ferrocarriles.*

Artículo 1.° Son aplicables á los ferrocarriles las leyes y las disposiciones de la Administración, relativas á carreteras, que tienen por objeto:

Primero. La conservación de cunetas, taludes, muros, obras de fábrica ó de cualquiera otra clase.

Segundo. Las servidumbres para la conservación de la vía, impuestas á las heredades inmediatas.

Tercero. Las servidumbres impuestas á estas mismas heredades respecto á alineaciones, construcciones de todas clases, aperturas de zanjas, libre curso de las aguas, plantaciones, poda de árboles, explotación de minas, de terrenos, de escoriales, de canteras y de cualquiera otra clase. La zona á que se extienden estas servidumbres es la de 20 metros á cada lado del ferrocarril.

Cuarto. Las prohibiciones que tienden á evitar toda clase de daño á la vía.

Quinto. La prohibición de poner objetos colgantes ó salientes que ofrezcan incomodidad ó peligro á las personas ó á la vía.

Sexto. La prohibición de establecer acopios de materiales, piedras, tierras, abonos, frutos ó cualquier otro objeto que perjudique al libre tránsito.

.....

Art. 3.° En una zona de tres metros á uno y otro lado del ferrocarril sólo se podrán construir en adelante muros ó paredes de cerca, pero no fachadas que tengan aberturas y salidas sobre el camino. Esta disposición no es extensiva á las construcciones anteriores á la promulgación de esta ley ó al establecimiento de un camino de hierro, las cuales podrán ser reparadas y conservadas en el estado que tuvieren, pero sin que sean reedificadas. Si fuese necesario hacer alguna demolición ó modificación de fábrica en beneficio del ferrocarril, se procederá con arreglo á lo que previene el art. 11 de esta ley.

Art. 4.° Dentro de la zona marcada en el párrafo 3.° del artículo 1.° no se podrán construir edificios cubiertos con cañizos ú otras materias combustibles en los ferrocarriles explotados con locomotoras.

Art. 5.° La prohibición de establecer acopios de materiales,

tierras, piedras ó cualquiera otra cosa de que queda hecha mención en el párrafo 6.° del art. 1.°, es extensiva en los ferrocarriles á cinco metros á cada lado de la vía respecto á los objetos no inflamables y á veinte respecto á los inflamables.

Art. 6.° No tendrá lugar la prohibición del artículo anterior:

Primero. En los depósitos de materias incombustibles que no excedan de la altura del camino, en el caso de que éste vaya en terraplén.

Segundo. En los depósitos temporales de materias destinadas al abono y cultivo de las tierras y de las cosechas durante la recolección; pero en caso de incendio por el paso de las locomotoras, los dueños no tendrán derecho á indemnización.

Art. 7.° El Gobernador de la provincia podrá autorizar, oyendo á los Ingenieros del Gobierno y de las Empresas, el acopio de materiales no inflamables, pero la autorización será revocable á su voluntad. No podrá el Gobernador extender su autorización á los depósitos de materias inflamables.

.....

Art. 9.° Las distancias marcadas en el párrafo 3.° del art. 1.° y en los artículos 3.° y 5.° de esta ley se contarán desde la línea inferior de los taludes del terraplén de los ferrocarriles, desde la superior de los desmontes y desde el borde exterior de las cunetas. A falta de éstas, se contarán desde una línea trazada á metro y medio del carril exterior de la vía. El Reglamento fijará la distancia mínima de las estaciones en que podrán edificar ó establecer depósitos.

Art. 10. El Ministerio de Fomento, en casos especiales, podrá disminuir las distancias á que se refiere el artículo que antecede, previo el oportuno expediente en que resulte la necesidad ó conveniencia de hacerlo y no se siguiese perjuicio á la seguridad, conservación y libre tránsito de la vía.

Art. 11. Siempre que haya derechos particulares existentes con anterioridad al establecimiento de un ferrocarril ó á la publicación de esta ley que después de ella no puedan crearse y sea necesario suprimirlas por necesidad ó utilidad de los ferrocarriles, se observarán las reglas establecidas en la ley de 17 de Julio de 1836 para la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, lo preceptuado en la ley general de Obras públicas, y las disposiciones administrativas dictadas ó que se dicten para su ejecución.

Reglamento de 8 de Septiembre de 1878. —*Policía de ferrocarriles.*

Art. 4.° Se prohíbe construir represas, pozos y abrevaderos á menos distancia de 20 metros á uno y otro lado del ferrocarril. Esta distancia de 20 metros se contará desde la línea inferior de los taludes en los terraplenes, desde la superior en los desmontes y desde el borde exterior de las cunetas cuando el ferrocarril se halle en terreno natural; á falta de éstas, se contará la distancia de 20 metros desde una línea paralela al carril exterior á metro y medio de distancia del mismo.

Art. 5.° Incurrirán en la pena señalada por el art. 24 de la ley los cultivadores de las heredades colindantes con la vía, siempre que al verificar las plantaciones y las demás labores del cultivo ó de cualquiera otra manera perjudiquen á los cerramientos, muros de sostenimiento, aletas de alcantarillas, estribos de puentes y cualesquiera otras obras de los ferrocarriles.

Art. 6.° Se aplicará igualmente el art. 24 de la ley, no sólo á los labradores que en sus cultivos y mejoramientos de los predios rústicos inmediatos á la vía férrea arrojasen sobre sus cunetas tierras, abonos, hojas ó cualquiera otra materia que impida el libre curso de las aguas, sino también á los pastores y ganaderos que en la custodia, apacentamiento y conducción de sus ganados ocasionasen el mismo daño.

Art. 7.° Los dueños ó arrendatarios de las heredades lindantes con los ferrocarriles no podrán:

1.° Impedir el curso de las aguas procedentes de la vía férrea, ya sea construyendo zanjas, calzadas y veredas ó ya elevando el terreno de sus fundos.

2.° Cortar árboles en la zona de 20 metros á uno y otro lado del ferrocarril sin previa licencia de la Autoridad local y el reconocimiento de la inspección facultativa.

3.° Arrancar raíces y remover la tierra en los declives y terrenos contiguos á la vía que produzcan desgajes sobre ella, y directa ó indirectamente puedan obstruir ó embarazar su tránsito.

Las obras necesarias para reparar estos daños se ejecutarán á costa de los contraventores, sin perjuicio de las penas en que hubieren incurrido con arreglo á los artículos anteriores.

Art. 8.° Los dueños ó conductores de carruajes, caballerías ú

otros ganados no podrán, ni aun para entrar en las heredades limítrofes ó salir de ellas, atravesar la vía por otros puntos que los ya señalados al intento. Esta prohibición alcanza también á los arrieros, conductores de carruajes, pastores y ganaderos que den suelta á sus caballerías ó ganados y los apacenten en las zonas contiguas al ferrocarril.

Art. 9.° No se permitirán los tinglados, cobertizos y puestos ambulantes en la zona de los ferrocarriles, aun para la venta de comestibles, si sus dueños no han obtenido previamente la correspondiente licencia de la Autoridad competente.

Art. 10. Incurre en la pena señalada por el art. 21 de la ley el que de intento ó por omisión ó descuido deteriore ó destruya con sus ganados y carruajes las obras y accesorios de los ferrocarriles, como son los antepechos, las albardillas, los postes kilométricos, los de telégrafos y sus alambres ó aisladores, los de señales, las inscripciones, las tablas de anuncios fijadas al público y las cañerías y depósitos de agua.

Es también aplicable este artículo á los que, sin la autorización competente, corten ó destruyan los árboles plantados en la zona prefijada en el art. 4.° al uno y otro lado de la vía férrea.

Art. 11. Nadie podrá, sin previa autorización, *dentro de la zona de veinte metros*, contados en la forma determinada en el art. 4.°, establecer presas ó artefactos, abrir cauces para la toma y conducción de aguas, construir edificios, muros, alcantarillas ú otras obras.

Esta zona de 20 metros se contará en las estaciones desde el cerramiento ó sendero que limite los terrenos propios de la estación.

Art. 12. Las solicitudes para construir ó reedificar en las zonas de los ferrocarriles se dirigirán á los Alcaldes de los pueblos respectivos, expresándose en ellas el sitio, destino y circunstancias de la obra proyectada.

El Alcalde las remitirá desde luego con informe y las observaciones que considere oportunas, á la Inspección facultativa, y ésta, previo conocimiento y oída la Empresa, señalará la distancia que ha de mediar entre la vía y las obras, fijando su alineación y las precauciones y condiciones facultativas á que en su ejecución haya de ajustarse.

Es obligatorio para los interesados presentar los planos de la

obra á la Inspección facultativa, siempre que ésta estime conveniente examinarlos.

Art. 13. Si hubiere acuerdo entre la Inspección facultativa y el Alcalde respecto á las construcciones proyectadas en las zonas de la vía, este último otorgará desde luego la licencia solicitada.

Cuando haya disidencia y el interesado resista las condiciones propuestas por la Inspección, el expediente pasará al Gobernador de la provincia, quien, oyendo á la Comisión permanente de la Diputación provincial, resolverá lo que estime por conveniente.

En el caso de que alguna de las partes no se conformase con su resolución, el Ministerio de Fomento decidirá en la vía gubernativa definitivamente ó en último recurso.

Art. 14. Previo informe ó aviso de la Inspección facultativa, el Alcalde dispondrá la demolición de las obras que se hubiesen construído en la zona del camino de hierro sin la correspondiente licencia, así como también las que, aun después de otorgada ésta, no llenasen las condiciones en ella prevenidas.

Art. 15. Si las casas y demás edificios construídos en todo ó parte dentro de la zona de servidumbre del ferrocarril, contada en la forma determinada en los artículos 4.º y 11, y particularmente en las fachadas del lado de la vía, amenazasen ruina, la Empresa dará parte inmediatamente á la Inspección facultativa para que proceda desde luego á su reconocimiento.

Si de éste resultase su mal estado ó inseguridad, la Inspección facultativa lo pondrá en conocimiento del Alcalde, manifestando si la ruina es ó no próxima, y si el edificio se cuenta entre los que están sujetos á retirar su línea de fachada.

Art. 16. La prohibición impuesta por el art 3.º de la ley, de levantar á menos de tres metros de distancia del ferrocarril otra fábrica que no sea una pared ó tapia, lleva consigo la de abrir en ella puertas, ventanas, aspilleras ú otro hueco cualquiera que dé sobre la vía.

Art. 17. Los proyectos de aquellas obras que atraviesen la vía ó le impongan una servidumbre más ó menos directamente, se someterán á la aprobación del Ministro de Fomento, quien resolverá, después de oir á la Empresa, al Ingeniero Jefe de la Inspección facultativa y al Gobernador de la provincia.

ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE

Ley de 7 de Mayo de 1880. —*Puertos.*

Art. 7.° Los terrenos de propiedad particular colindantes con el mar ó enclavados en la zona marítimo-terrestre están sometidos á las servidumbres de salvamento y de vigilancia litoral.

Art. 8.° La servidumbre de salvamento tiene la misma extensión en los terrenos de propiedad privada colindantes con el mar, que la zona marítimo-terrestre, dentro de la cual están comprendidos y veinte metros más, contados hacia el interior de las tierras, y de ella se hará uso público en los casos de naufragio para depositar los restos, efectos y cargamento de los buques náufragos.

También los barcos pescadores podrán varar en esta zona de servidumbre cuando á ello se vean obligados por el estado del mar, y podrán del mismo modo depositar sus efectos en tierra mientras duren las circunstancias del temporal.

Esta zona de servidumbre avanzará ó se retirará conforme el mar avance ó se retire, según queda establecido en general para la zona marítimo-terrestre.

Por los daños causados á las heredades en las ocasiones de salvamento habrá lugar á indemnización; pero solamente hasta donde alcance el valor de los objetos salvados, después de satisfechos los gastos de auxilios prestados ó de recompensas de hallazgos, con arreglo á las leyes.

Art. 9.° La servidumbre de salvamento no es obstáculo para que los dueños de los terrenos contiguos al mar siembren, planten y levanten dentro de la zona marítimo-terrestre en terreno propio edificios agrícolas y casas de recreo.

Para la edificación en tales sitios se dará previo conocimiento al Gobernador de la provincia, el cual, después de oir al Comandante de Marina y al Ingeniero Jefe de Obras públicas, podrá oponerse, si resultase impedimento al ejercicio de la servidumbre de que habla el artículo anterior.

Art. 10. La servidumbre de vigilancia litoral consiste en la obligación de dejar expedita una vía general de seis metros de anchura contigua á la línea de la mayor pleamar, ó á la que de-

terminen las olas en los mayores temporales donde las mareas no sean sensibles, demarcada en los casos necesarios por el Gobernador de la provincia después de oir á la autoridad de Marina. En los parajes de tránsito difícil ó peligroso podrá internarse la vía más de seis metros, pero sin que exceda de lo estrictamente necesario á juicio de la mencionada autoridad.

La servidumbre de vigilancia en casos extraordinarios y necesarios para el servicio del Estado se impone lo mismo en terrenos cercados que en los abiertos. Las propiedades que no hubieran estado sometidas á la servidumbre de vigilancia hasta la promulgación de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, y con posterioridad á ella se hubiese hecho efectiva por algún acto que haya perjudicado ostensible y materialmente á la propiedad, obtendrán la correspondiente indemnización por ese gravamen.

ZONA MILITAR

Real orden de 13 de Febrero de 1845. — *Solicitudes para licencias de edificación.*

Enterada la Reina de lo propuesto por V. E. en oficio de 3 de Enero próximo pasado acerca de los trámites que conviene tenga el curso de los expedientes que se promuevan en solicitud de permiso para edificar dentro de las zonas tácticas de las plazas de guerra y fuertes permanentes, y deseando S. M. que éstos no pierdan de manera alguna su valor defensivo por *el crecido número de edificios que á la inmediación de sus muros se construyen;* y con presencia de lo mandado sobre el particular en Reales órdenes de 24 de Febrero de 1815 y de 2 de Noviembre de 1834, y á fin de evitar en cuanto sea posible las transgresiones que en el día tienen lugar, se ha dignado S. M. resolver que se observen los artículos siguientes:

1.° Para obtener Real licencia con el fin de edificar ó aumentar las dimensiones ó solidez de lo edificado en las zonas militares de las plazas de guerra ó fuertes permanentes, presentarán los interesados las solicitudes á sus respectivos Gobernadores militares, acompañadas de dos ejemplares de un planito en que se manifieste la planta y alzado del edificio que se pretende construir ó aumentar, en los cuales aparecerá su firma, del propio

modo que en la solicitud: los Gobernadores pedirán informe á los Comandantes de Ingenieros, y remitirán con el suyo las anunciadas instancias al Capitán general de que dependan, quien las pasará al Director-subinspector de Ingenieros para que emita su parecer; y manifestando su propio dictamen en el asunto, dirigirá el expediente á este Ministerio de mi cargo para la conveniente resolución de S. M.

2.° La ejecución de las obras sobre que ésta recaiga quedará bajo la vigilancia especial del Cuerpo de Ingenieros, y para evitar todo abuso ó transgresión de los términos de la licencia, quedará en el Archivo de la Comandancia de dicho Cuerpo uno de los ejemplares del plano que debe presentar el interesado acompañando á la instancia, siendo obligación del Comandante exigir de la autoridad competente la suspensión ó demolición de los trabajos, según los casos, en el momento en que los considere no comprendidos en lo que concediere S. M.

3.° El Comandante de Ingenieros, al dar su informe al Gobernador, le remitirá, para que quede unido al expediente, una parte del plano de la plaza y cercanías que dé á conocer suficientemente la situación del edificio que se trata de levantar, reedificar ó aumentar, á cuyo fin bastará que calque en papel común ó transparente la magistral de la parte que se juzgue precisa del recinto y obras avanzadas, marcando la situación del edificio, é indicando ligeramente con la pluma los accidentes del terreno que sean necesarios para juzgar de los inconvenientes que ofrecerá la citada edificación.

4.° El Director-subinspector de Ingenieros, por lo que arroje de sí el expediente y por las noticias que juzgue oportunas pedir al Comandante, informará al Capitán general y remitirá al propio tiempo copia del citado expediente con su dictamen á V. E. para que pueda dar su parecer en el asunto cuando se le pida por el Ministerio de mi cargo, y para que obre en el Archivo de esa Dirección general.

5.° Las instancias para hacer obras de mera conservación y entretenimiento en los edificios construídos con Real permiso, que en manera alguna tengan por resultado aumentar las dimensiones de la planta y elevación del todo ni de parte alguna, ni acrecentar la solidez de los indicados edificios, seguirán el mismo curso que se marca en los artículos anteriores, si bien no

es necesario acompañar los planos que en ellos se especifican hasta llegar al Capitán general, después de evacuados los informes del Comandante y Director de Ingenieros, tocando á dicha superior autoridad militar, según lo mandado, conceder semejantes permisos, el cual comunicará al citado Director de Ingenieros las licencias de esta especie que en vista del parecer de este último haya concedido ó negado.

6.° Las licencias de que trata el artículo anterior no serán ni deberán considerarse nuevos títulos de posesión en favor de los propietarios, ni modificarán en manera alguna las cláusulas particulares á que se haya sujetado la construcción de dichos edificios al ser aprobada por S. M., ni mucho menos alterarán la condición esencial y común por la cual están obligados los dueños de todos los edificios construídos en las demarcaciones militares de las plazas y puntos fuertes á demolerlos á su costa, sin poder solicitar indemnización ni reintegro, siempre que lo exija el servicio del Estado, y sean requeridos al efecto por la autoridad militar competente.

Finalmente, los Gobernadores de las plazas y puntos fuertes harán publicar por tanto en la forma acostumbrada las disposiciones prescritas anteriormente para que tengan cumplimiento por todos los individuos á quienes tocaren, sin que nadie pueda alegar ignorancia.

Real orden de 3 de Diciembre de 1847 (1).—*Demolición de dos casas construídas en la zona táctica de la plaza de San Sebastián, y declaración de que la vigilancia en tales casos incumbe á los Gobernadores y Estado Mayor de las plazas, como á los Jefes y empleados subalternos de Ingenieros.*

Real orden de 3 de Noviembre de 1848.—*Planos de las fortificaciones y de la zona militar.*

... S. M. se ha dignado resolver... que el levantamiento de planos de las fortificaciones y de la zona militar exterior é interior de las plazas sólo debe hacerse por el Cuerpo de Ingenieros,

(1) Corrobora en su fuerza y eficacia la de 13 de Febrero de 1845; por esta razón se menciona.

para que estos trabajos no tengan publicidad ni se extienda fuera de las autoridades militares el conocimiento del verdadero estado de sistema defensivo de cada plaza, cuyo principio se halla consignado en varios artículos de la Ordenanza general del Ejército y de la particular del citado Cuerpo de Ingenieros; mas, sin embargo, deseando S. M. conciliar los intereses de los pueblos en mejorar su ornato y aspecto público con lo que exige la importante seguridad del Estado, ha tenido á bien disponer que únicamente pueda conceder su permiso para que se levante el plano de las poblaciones en las plazas, bajo las condiciones siguientes: 1.ª Que no se extiendan las operaciones geométricas á ninguna parte del recinto, ni éste se designe de ningún modo en los planos que se levanten por las Corporaciones municipales. 2.ª Que al fijar las alineaciones en el proyecto de caserío, se ha de contar con que interiormente ha de haber un espacio libre contiguo al recinto entre el talud interior del terraplén y el caserío, formando una calle en las plazas principales que no ha de bajar de 60 pies de ancho, y en las plazas de menor importancia esta *zona* ó calle se podrá reducir algún tanto en toda su extensión ó en determinados sitios ó partes, y las pretensiones que con este objeto puedan dirigir las Corporaciones municipales ó particulares se sujetarán á los trámites prescritos por la Real orden de 13 de Febrero de 1845, pues nada se ha de proyectar en estas *zonas* sin contar con la intervención del Cuerpo de Ingenieros, ni tampoco en ellas se han de construir nuevos edificios antes de obtener la Real autorización por este Ministerio. Y 3.ª Que *por ningún título se consentirá el levantamiento del plano ni formación de proyectos de caserío al exterior de las plazas en extensión de 1.500 varas de su zona táctica.*

Real orden de 22 de Marzo de 1875. — *Observancia de las disposiciones vigentes.*

Regla 2.ª Los Gobernadores militares de las mismas serán responsables, con arreglo al art. 32 del tratado 6.º, tít. II de las Ordenanzas generales del Ejército, de cualquiera edificación ó plantación que se hiciere fraudulentamente en las zonas tácticas de sus respectivas fortificaciones, si no procediesen inmediatamente con arreglo á la legislación sobre la materia.

Real orden de 22 de Diciembre de 1876.—*Observancia de las disposiciones vigentes.*

1.° El Ingeniero general ordenará á los Comandantes de Ingenieros de todas las plazas y puntos fortificados que no toleren en lo más mínimo se infrinjan las disposiciones que rigen sobre tan importante objeto.

2.° Los Gobernadores militares de las mismas serán responsables, con arreglo al art. 32 del tratado VI, tít. II de las Ordenanzas generales del Ejército (1), de cualquiera edificación ó plantación que se hiciese fraudulentamente en las *zonas tácticas* de sus respectivas fortificaciones, si no procediesen inmediatamente con arreglo á la legislación sobre la materia.

---

(1) *Ordenanzas generales del Ejército de 22 de Octubre de 1768, tratado VI, tít. II.*—Art. 10. Desde ahora en adelante no permitirán los Gobernadores que se fabriquen casas ni otros edificios sobre los terraplenes, ni que se reparen las que se hallen construídas, observando lo mismo por lo que corresponde á la campaña en la circunferencia y distancia de mil quinientas varas del camino cubierto; pero en las plazas interiores que por orden particular comunicada al Capitán general de la provincia por mi Secretario del despacho de la Guerra, mandase Yo exceptuar, podrán los Gobernadores permitir lo que por punto general prohíbe este artículo á las otras.

Art. 11. Tampoco condescenderá en que por los contornos del recinto se abran zanjas ni caminos hondos, se fabriquen cercas ó vallados, ni se depositen ruinas que formen montones ó alturas con perjuicio ó deformidad de la plaza.

Art. 12. No se permitirá por motivo alguno que se labre, siembre ni plante en los terraplenes, baluartes, parapetos, fosos, caminos cubiertos y explanadas; y sólo al fin de éstas se podrán poner dos ó más filas de árboles, paralelas al camino cubierto, que en tiempo de guerra puedan ser útiles para estacadas, faginas y otros usos.

. . . . . .

Art. 32. El primer objeto de todo Gobernador debe ser el estar con vigilancia y sostener con firmeza la puntual observancia de mis Ordenanzas militares, cumpliendo por sí y haciendo cumplir cuanto prescriben, con obligación de tener las particulares de Cuerpos privilegiados, las de facultativos de Artillería é Ingenieros y las de Milicias, para evitar disputas y arreglar sus disposiciones á su espíritu y sentido literal, sin permitir que en la más leve cosa se altere ni rebaje la exactitud mandada en ellas por individuo alguno de los que le estén subordinados.

Reglamento para la ejecución de la ley de carreteras de 10 de Agosto de 1877.

Art. 15. En el caso de que la carretera pudiese afectar á la defensa del territorio por pasar por la zona de alguna plaza fuerte, por ser un trazado paralelo á las costas ó fronteras, por dirigirse á puntos de las Naciones limítrofes, ó por cualquiera otra circunstancia, antes de la aprobación del proyecto deberá ser consultado el Ministro de la Guerra.

Art. 35. Ningún proyecto de carretera podrá ser aprobado cuando afecte á la defensa del territorio nacional en las circunstancias mencionadas en el art. 15, sin oir previamente al Ministro de la Guerra.

Reglamento de 22 de Diciembre de 1880.—*Aplicación de las disposiciones de Policía urbana á las construcciones militares que se ejecuten dentro de las poblaciones, y para esclarecimiento y ampliación de lo que está prevenido por el ramo de Guerra respecto á edificaciones por los Ayuntamientos ó particulares en las zonas polémicas de los puntos fortificados, y en todos los terrenos sobre que tiene dicho ramo impuesta servidumbres.*

I

Construcciones militares dentro de las poblaciones.

1.ª A todo proyecto de nueva construcción y á los de reforma de edificios en que se altere la disposición de las líneas de planta que den á vía pública, precederá el aviso á la Autoridad municipal de la localidad, por conducto de la militar correspondiente, de que se va á formar dicho proyecto, con remisión del plano del perímetro de la citada planta, en que se marque bien su situación, referida á los edificios más próximos, cuyo documento devolverá la mencionada Autoridad municipal después de señalada en él la alineación y rasante que corresponda, con el sello del Ayuntamiento. El expresado plano formará siempre parte del proyecto.

2.ª Si á consecuencia del aviso á que se alude en la regla anterior, se opusiese la Autoridad local á la ejecución de la obra

que se trata de proyectar, á causa del servicio que ésta haya de llenar, se nombrará por el Capitán general del distrito y el Gobernador civil de la provincia una Comisión mixta que proponga lo que estime más justo y conveniente; y en el caso de llegarse á una avenencia que no altere las condiciones á que debe satisfacer el proyecto, se formulará éste; pero, si así no sucediese, se dará cuenta por las Autoridades militar y civil á sus respectivos Ministerios para que se decida la cuestión por acuerdo de ambos; ó de no existir éste, lo sometan á la resolución del Consejo de Ministros.

3.ª En todos los proyectos que se formen observarán estrictamente sus autores, y así lo habrán de consignar en las Memorias respectivas, las prescripciones ú Ordenanzas de policía urbana, en lo que se refiere á alineaciones y rasantes aprobadas, prohibición de rejas salientes ó aperturas de hojas de puertas hacia afuera; salidas de humos próximos á medianerías, á las calles ó á patios de los que forman también parte de edificios extraños; vertido de aguas pluviales y sobrantes; salidas de materias inmundas, y relaciones con los medianeros respecto á construcción de las paredes de reparación y vanos de las mismas, así como con los dueños de terrenos ó propiedades colindantes por lo que tiene relación con las tapias de división ó cercas.

4.ª Aprobado el proyecto por el Ministerio de la Guerra, y llegado el caso de su ejecución, se dará aviso al Alcalde, por conducto de la Autoridad militar, de que se va á emprender la construcción, á fin de que disponga el expresado Alcalde que se proceda á tirar las cuerdas, ó sea á marcar materialmente en el terreno la línea ó líneas de fachada, y á señalar al propio tiempo la parte de la calle ó vía pública que han de ocupar las vallas ó cercados de tablas para facilitar la ejecución de las obras, ínterin duran éstas. Dichas operaciones no podrán demorarse más allá de ocho días, contados desde la fecha del aviso, y en la referente á alineación y señalamiento de rasante se procederá, caso de pérdida ó ganancia de terreno ó de cualquier perjuicio, como por regla general se halle establecido.

5.ª También se dará aviso á la propia Autoridad local, por el conducto dicho anteriormente, siempre que se hayan de llevar á cabo revoques ó reparaciones en las paredes de fachada ó cualquiera otra obra que afecte al tránsito del vecindario, y cuya eje-

cución exija que se ocupe ó intercepte accidentalmente alguna parte de la vía pública, que se designará con acuerdo é intervención de la expresada Autoridad.

6.ª En la ejecución de las obras se observarán estrictamente todas las prescripciones de policía urbana en lo que se refiere á conducción y descarga de materiales; disposición en que han de trabajar los canteros, carpinteros y aserradores de madera cuando tengan que hacerlo en sitio del común; disposición de los cercados ó vallas en la vía pública y atajos en la misma para seguridad del vecindario; alumbrado de las citadas vallas y su vigilancia nocturna; saca y depósito ó vaciado de escombros y reparación de desperfectos ocasionados en las calles ó espacios públicos á consecuencia de las obras.

7.ª Para que todas las disposiciones de policía urbana que, según lo antes dicho, han de observarse, sean obligatorias y se puedan cumplir con la debida y rigorosa exactitud que corresponda, ha de facilitarse copia de ellas por el Alcalde, al cual se pedirán al dirigirle los avisos á que hacen referencia las reglas precedentes. Cuando dicha Corporación municipal no tenga contenidas en un libro impreso todas las citadas disposiciones, hará la remisión de ellas bajo índice, pudiendo en cada caso omitir las que ya hubiese remitido en otras anteriores, y limitarse á las dictadas con posterioridad á aquéllas.

8.ª Cuando un proyecto haya de referirse á edificios que puedan estimarse peligrosos, en cuya clase se comprenden los hospitales y las factorías de provisiones y utensilios destinadas á contener gran cantidad de materias fácilmente inflamables, y los almacenes de pólvora, aun cuando éstos hayan de construirse á distancia considerable de la población, antes de formar el proyecto se dará conocimiento á la Autoridad local de la situación elegida, y en el caso de no conformarse se procederá para llegar á la avenencia ó superior resolución en la forma expresada en la regla 2.ª Si desde luego, ó como resultado de la Comisión mixta, hubicse acuerdo con la Corporación municipal, formará parte del proyecto copia del documento ó documentos en que aquél se consigne.

9.ª Cuando exista, á juicio de la Autoridad local, alguna indicación de ruina en edificios del ramo de Guerra, y se entienda que éste no ha tomado las precauciones oportunas para seguri-

dad del vecindario, acudirá aquella Autoridad á la militar correspondiente, expresando su parecer, y la necesidad de que se adopten las referidas precauciones. En el caso de no hallarse conforme esta última, contestará manifestando las razones que tiene para ello, y prestándose á que se verifique un reconocimiento, por el Comandante ó representante facultativo del Cuerpo de Ingenieros en la localidad, en unión del Arquitecto municipal, ó el que designe el Alcalde. Si no obstante dicho reconocimiento, continuasen discordes las dos Autoridades, se procederá como queda expresado en la regla anterior y en la 2.ª Cuando los Ayuntamientos acuerden algún derribo ú obra de otra clase para seguridad de la vía pública, y resultase del expediente que debe formarse que la medida fué innecesaria, se exigirá al Ayuntamiento la responsabilidad correspondiente, y el pago de los gastos que se ocasionen.

10. Cuando un proyecto de nueva alineación ó rasante afecte á cualquier edificio militar, antes de someterlo el Municipio á su superior jerárquico, dará conocimiento de él á la Autoridad militar, y ésta lo elevará con su informe al Ministerio de la Guerra. En el caso de discordancia se nombrará por ambos ramos una Comisión mixta que estudie y proponga el medio de conciliar todos los intereses: y de no llegarse á un acuerdo entre los dos Ministerios, se someterá la resolución al Consejo de Ministros.

11. Toda alineación en poblaciones de las plazas de guerra ha de ser sin disminuir en modo alguno la zona interior ó camino de ronda que aquéllas tengan señalado.

12. Cuando en la población de una plaza de guerra exista ó convenga alguna calle, que á más de vía pública deba considerarse como una comunicación indispensable ó de mucha importancia para la defensa, lo significará el Ministerio de la Guerra al de que dependan los proyectos de población civil, á fin de que se tenga presente en ellos la referida circunstancia. En casos de esta especie, todos los proyectos del Municipio que puedan tener relación con dicha conveniencia militar, se resolverán por acuerdo de ambos Ministerios, ó en Consejo de Ministros si hubiese disidencia.

II

Edificios civiles ó particulares en las zonas polémicas de los puntos fortificados y en todos los terrenos sobre que Guerra ejerce acción y tiene impuestas servidumbres.

1.ª Las concesiones que se otorgan por el ramo de Guerra á los particulares en los terrenos expresados tan sólo deben entenderse, pues no otra cosa significan, como expresión de que el citado ramo no tiene por su parte inconveniente alguno en la autorización con las condiciones que para cada caso marca, y que tan sólo se refieren á alturas y consistencias de edificios; pero dejando por todo lo demás completamente libre y expedita la acción del ramo civil en cuanto se refiere á las disposiciones de policía urbana, siempre que éstas no alteren en manera alguna la forma y disposición de los terrenos mencionados.

2.ª En dicho concepto, cuando algún Municipio estime conveniente la ejecución de cualquiera obra ó creación de barrios en las zonas polémicas de los puntos fortificados, ó en terreno sujeto á servidumbres de guerra, se dirigirá á la Autoridad militar manifestando las razones en que se funda y acompañando un plano en que se marque la situación que cree conveniente á dicha obra ó barrio, con el perímetro de aquélla ó las manzanas de casas que han de formar éste. La mencionada Autoridad ó Gobernador militar instruirá el oportuno expediente con sujeción á las disposiciones dictadas por su ramo, y lo dirigirá al Ministerio de la Guerra, por el cual se decidirá si hay posibilidad ó no de autorizar la ejecución de las obras, fijando en caso afirmativo la altura máxima que ha de darse á los edificios, el grueso y espesor de muros y la clase de material que ha de emplearse. Si con dicha resolución no se hallase conforme el ramo civil, se nombrará por ambos una Comisión mixta, y si á consecuencia de ella tampoco se llegare á un acuerdo, se someterá el expediente á la resolución del Consejo de Ministros.

3.ª Para que los Ayuntamientos tengan conocimiento exacto de los terrenos comprendidos en las zonas de las plazas de guerra, deberá facilitárseles por las Autoridades militares los planos de dichas zonas con las explicaciones necesarias al margen para

dar á conocer bien los polígonos de excepción donde los hubiese; y siempre que se apruebe alguna modificación en dichas zonas se pasará al Municipio por la citada Autoridad militar el plano de reforma.

4.ª Quedan subsistentes cuantas disposiciones se hallan hoy en vigor sobre construcciones y obras de cualquiera clase en los terrenos sobre que el ramo de Guerra ejerce acción y tiene impuestas servidumbres.

Real decreto de 17 de Marzo de 1891.—*Zona militar de costas y fronteras de la Península.*

Artículo 1.° Se establece una zona militar de costas y fronteras con el objeto de armonizar las obras de utilidad pública con las necesidades de la defensa nacional. Dicha zona rodea todo el perímetro de la Península con los límites que detalladamente se expresan en el artículo siguiente.

Art. 2.° La zona se dividirá en cuatro secciones, que serán:

1.ª Pirineo ó frontera del Norte.—Limitada en el interior por el ferrocarril que, partiendo de Bilbao, sigue por Miranda, Logroño, Tudela, Zaragoza, Tardienta, Sariñena, Lérida y Manresa, para terminar en Barcelona.

2.ª Frontera de Portugal.—Limitada por una línea que, empezando en Pontevedra, seguirá la carretera hasta Orense, después continuará por el ferrocarril á Monforte, Ponferrada y Astorga, y desde este punto por la vía férrea en construcción á Benavente, Zamora, Salamanca, Béjar y Plasencia, y por la ya construída de Plasencia á Cáceres, Mérida, Zafra, Aracena y Huelva, donde terminará.

3.ª Costa del Norte.—Limitada por una línea que, arrancando en Pontevedra de la anterior, se dirigirá por Chapa y Puente Ulla á Santiago, siguiendo después por Ordenes en demanda del ferrocarril de Lugo á La Coruña, y desde Portobello continuará por la divisoria entre el Miño y las rías hasta las cercanías de Mondoñedo. Desde este punto continuará después á encontrar la carretera de Lugo á Fonsagrada, por la que llegará á esta población, y cruzando el Navia ganará en seguida el pico de Miravalles de la divisoria general de la cordillera, que ya no abandonará, marchando por los puertos de Pajares, Reinosa y Tormos, la peña

de Urdunte, la sierra de la Magdalena y Peña de Orduña, donde enlazará con la zona del Pirineo.

Y 4.ª Costas de Levante y Mediodía.—El límite de esta zona partirá de Manresa y se dirigirá por Igualada y montes de la Cabra al estrecho de Lilla, delante de Montblanch, siguiendo después por la sierra de Raguerola Montseny, hasta caer al Ebro por La Bisbal y los montes de la Figuera, y continuando al otro lado del río por las sierras de Mirabete y Cherta, hasta los puertos de Beceite. De aquí continuará por la divisoria de agua entre la Cenia y el Matarraña á Morella, bajando luego á San Mateo por la carretera, tomará el ramal transversal que por Villafanés sale al barranco ó rambla de Albocácer, y siguiendo hasta la carretera de Lucena y Ondambe al Moncayo, descenderá después á Segorbe, remontándose en seguida hasta Montemayor, cúspide de las peñas de Sagunto. De aquí la línea irá por Liria, Chiva, Alberique, Játiva, Albaida, Cocentaina y Alcoy, y dejando de la parte del mar las sierras del cabo de San Antonio, tomará la carretera de Jijona, desde cuya población, y por las peñas del mismo nombre y la del Cid, pasará á Novelda, y por la carretera á Crevillente, Orihuela, Murcia, Totana, Lorca, Huércal-Overa y Sorbas, hasta su encuentro en Pechina con la de Almería. Continuará la línea después por la carretera de Canjáyar, Ujíjar y Olvera, hasta encontrar á Tablate, la que desde Motril va á Granada, pasando entre las faldas de Sierra Nevada y las de Gador y Contraviesa. Desde Tablate seguirá las cumbres de las sierras Almijara, Tejera y Alhama, hasta el punto de paso de la carretera general de Málaga por Loja, de donde bajará por la carretera á Colmenar y por Casabermeja, y cruzando la de Málaga á Antequera, llegará á Valle de Abdalajís para tomar la estribación del Tajo de los Gaitanes, por donde penetra el ferrocarril de Córdoba. De allí seguirá á Carratraca, y por las cumbres de las sierras de Tolosa y Bermeja, frente á Gaucín, á Jimena y Medinasidonia, retrocederá después por la carretera á Arcos de la Frontera y Jerez. Continuará luego por el ferrocarril de Sevilla á Cádiz hasta el río Yero, con el que se dirigirá por bajo de Trebujena al Guadalquivir y al Puntal de la isla Grande, tomando por las marismas á Rocío para envolver las lagunas, y por la colina de Lucena del Puerto, empalmará en San Juan con la zona fronteriza de Portugal.

Art. 3.° Dentro de estas zonas no se podrán estudiar, proyectar ni construir vías de comunicación de cualquier clase que sean, así como tampoco aquellas obras del Estado, Diputaciones provinciales, Municipios ó Empresas particulares que por su importancia y situación puedan afectar de una manera directa á la defensa del territorio, sin la intervención y aprobación del Ministerio de laG uerra.

Art. 4.° Los Ministros de la Guerra, Gobernación, Fomento y Marina, poniéndose de acuerdo, y en la parte que á cada uno corresponde, dictarán las disposiciones necesarias para coadyuvar al cumplimiento de lo anteriormente establecido, sometiendo desde luego el primero de los citados á mi aprobación aquellas medidas que juzgue convenientes para que tenga efecto cuanto se ordena en el presente decreto.

Real orden de 30 de Septiembre de 1891.—*Zona militar de costas y fronteras.*

Excmo. Sr.: Visto el informe emitido por la Comisión de defensas del Reino en 5 de Junio último, en que considera de todo punto indispensable hacer extensivo á las islas Baleares y Canarias el Real decreto de 17 de Marzo último para impedir que con una organización poco acertada de la red de sus comunicaciones se perjudique á la defensa ó resulten estériles los sacrificios que la Nación se imponga al ejecutar las nuevas fortificaciones:

Visto el Real decreto de 17 de Marzo último:

Considerando que si para todo el litoral de la Península se creyó necesario establecer una zona militar de costas y fronteras en previsión del peligro que amenaza el sistema defensivo de todo país, cuando por exigencias comerciales se modifican con escasa prudencia sus estructuras orográficas é hidrográficas, no es menos importante y necesaria dicha zona para la defensa de los archipiélagos que nos ocupan;

Considerando que no perjudica á los intereses productores ni mercantiles de ninguna especie el establecimiento de la zona militar de que se trata, sino más bien habrá de favorecerlos reclamando el ramo de Guerra la construcción de varias vías de comunicación que aun sin estar incluídas en el plan general, estime conveniente abrir para la mejor defensa de las islas;

Y considerando que se pueden armonizar simultáneamente las obras de utilidad pública con las necesidades de la defensa de las islas Baleares y Canarias;

S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, se ha servido disponer que se haga extensivo á las islas Baleares y Canarias el Real decreto de 17 de Marzo último, declarándolas comprendidas en la zona militar de costas y fronteras.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS
DEL CÓDIGO CIVIL
QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO VII

DE LAS SERVIDUMBRES

CAPÍTULO PRIMERO

De las servidumbres en general.

Sección primera.

De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas.

Art. 530. La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño.

El inmueble á cuyo favor está constituída la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

Art. 531. También pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada.

Art. 532. Las servidumbres pueden ser continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes.

Continuas son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre. Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Art. 533. Las servidumbres son además positivas ó negativas.

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo, y negativa, la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Art. 534. Las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

Art. 535. Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos ó más, la servidumbre no se modifica, y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Art. 536. Las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias.

Sección segunda.

De los modos de adquirir las servidumbres.

Art. 537. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, ó por la prescripción de veinte años.

Art. 538. Para adquirir por prescripción las servidumbres á que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Art. 539. Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título.

Art. 540. La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme.

Art. 541. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Art. 542. Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

Sección tercera.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.

Art. 543. El dueño del predio dominante podrá hacer, á su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa.

Deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente.

Art. 544. Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados á contribuir á los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Si el dueño del predio sirviente se utilizase en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario.

Art. 545. El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituída.

Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, ó de la forma establecida para el uso de las servidumbres, llegara ésta á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, ó le privase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá

variarse á su costa, siempre que ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

Sección cuarta.

De los modos de extinguirse las servidumbres.

Art. 546. Las servidumbres se extinguen:

1.° Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

2.° Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto á las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre respecto á las continuas.

3.° Cuando los predios vengan á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, á no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior.

4.° Por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal ó condicional.

5.° Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.° Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

Art. 547. La forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma, y de la misma manera.

Art. 548. Si el predio dominante perteneciera á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás.

CAPÍTULO II

De las servidumbres legales.

Sección primera.

Disposiciones generales.

Art. 549. Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares.

Art. 550. Todo lo concerniente á las servidumbres establecidas

para utilidad pública ó comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y en su defecto por las disposiciones del presente título.

Art. 551. Las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares, ó por causa de utilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana ó rural.

Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio á tercero.

Sección segunda.

De las servidumbres en materia de aguas.

Art. 552. Los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.

Art. 553. Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.

Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están además sujetos á la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.

Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización.

Art. 554. Cuando para la derivación ó toma de aguas de un río ó arroyo, ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas, ó terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.

Art. 555. Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad

pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

Art. 556. Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva á este servicio la indemnización.

Art. 557. Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños, como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

Art. 558. El que pretenda usar del derecho concedido en el artículo anterior está obligado:

1.° A justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso á que la destina.

2.° A demostrar que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.

3.° A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.

Art. 559. No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado, sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes.

Art. 560. La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparacionas y limpias necesarias.

Art. 561. Para los efectos legales la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas.

Art. 562. El que para dar riego á su heredad ó mejorarla, necesite construir parada ó partidor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, inclusos los que se originen de la nueva servidumbre á dichos dueños y á los demás regantes.

Art. 563. El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.

Sección tercera.

De la servidumbre de paso.

Art. 564. El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público, tiene derecho á exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente.

Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para extracción de sus cosechas á través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnizacion consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Art. 565. La servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

Art. 566. La anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante.

Art. 567. Si adquirida una finca por venta, permuta ó partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe, éstos están obligados á dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario.

Art. 568. Si el paso concedido á una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño á otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.

Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso á la finca enclavada.

Art. 569. Si fuera indispensable para construir ó reparar al-

gún edificio pasar materiales por predio ajeno, ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado á consentirlo recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irrogue.

Art. 570. Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las Ordenanzas y Reglamentos del ramo, y en su defecto por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso ó la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.

Sección cuarta.

De la servidumbre de medianería.

Art. 571. La servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las Ordenanzas y usos locales, en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

Art. 572. Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, ó signo exterior, ó prueba en contrario:

1.° En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.

2.° En las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo.

3.° En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

Art. 573. Se entiende que hay signo exterior, contrario á la servidumbre de medianería:

1.° Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos.

2.° Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex ó retallos.

3.° Cuando resulte construída toda la pared sobre el terreno

de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

4.° Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua.

5.° Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construída de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades.

6.° Cuando la pared divisoria, construída de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie sólo por un lado y no por el otro.

7.° Cuando las heredades contiguas á otras defendidas por vallados ó setos vivos no se hallen cerradas.

En todos estos casos, la propiedad de las paredes, vallados ó setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tenga á su favor la presunción, fundada en cualquiera de los signos indicados.

Art. 574. Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halla de un solo lado, en cuyo caso la propiedad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga á su favor este signo exterior.

Art. 575. La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno. Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga renunciando á la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.

Art. 576. Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera.

Art. 577. Todo propietario puede alzar la pared medianera haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales.

Serán igualmente de su cuenta los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de como estaba antes; y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado.

Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla á su costa; y si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo.

Art. 578. Los demás propietarios que no hayan contribuído á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor.

Art. 579. Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para usar el medianero de este derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y si no lo obtuviese, se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique á los derechos de aquéllos.

Sección quinta.

De la servidumbre de luces y vistas.

Art. 580. Ningún medianero puede sin consentimiento del otro abrir en pared medianera, ventana ni hueco alguno.

Art. 581. El dueño de una pared no medianera, contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras, ó inmediatos á los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuviesen abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería y no se hubiera pactado lo contrario.

También podrá cubrirlos edificando en su terreno ó levantando pared contigua á la que tenga dicho hueco ó ventana.

Art. 582. No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia.

Art. 583. Las distancias de que se habla en el artículo anterior se contarán en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de éstos donde los haya, y para las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades.

Art. 584. Lo dispuesto en el art. 582 no es aplicable á los edificios separados por una vía pública.

Art. 585. Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho á tener vistas directas, balcones ó miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar á menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el art. 583.

Sección sexta.

Del desagüe de los edificios.

Art. 586. El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo.

Art. 587. El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propio tejado ó dándoles otra salida conforme á las Ordenanzas ó costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante.

Art. 588. Cuando el corral ó patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa á las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso á las

aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

Sección séptima.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

Art. 589. No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas sin sujetarse á las condiciones exigidas por las leyes, Ordenanzas y Reglamentos particulares de la materia.

Art. 590. Nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, ó fábricas que por sí mismas ó por sus productos sean peligrosas ó nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los Reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos Reglamentos prescriban. A falta de Reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

Art. 591. No se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino á la distancia autorizada por las Ordenanzas ó la costumbre del lugar, y en su defecto, á la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y á la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantasen á menor distancia de su heredad.

Art. 592. Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho á reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad,

Art. 593. Los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cualquiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo.

Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes.

CAPÍTULO III

De las servidumbres voluntarias.

Art. 594. Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciese, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

Art. 595. El que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca á otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo.

Art. 596. Cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el domino útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños.

Art. 597. Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes ó comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, á no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Art. 598. El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables.

Art. 599. Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado, al constituirse la servidumbre, á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante.

Art. 600. La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato ó de última voluntad, y no á favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos, y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme á este artículo se regirá por el título de su institución.

Art. 601. La comunidad de pasto en terrenos públicos, ya pertenezcan á los Municipios ya al Estado, se regirá por las leyes administrativas.

Art. 602. Si entre los vecinos de uno ó más pueblos existiese comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia ó seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas.

El propietario que cercare su finca conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

Art. 603. El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor á los que tengan derecho á la servidumbre.

A falta de convenio se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial.

Art. 604. Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

TÍTULO VIII

DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 605. El Registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción ó anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Art. 606. Los títulos de dominio ó de otros derechos reales

sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos ó anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican á tercero.

Art. 607. El Registro de la propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales anotados ó inscritos.

Art. 608. Para determinar los títulos sujetos á inscripción ó anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos VII y VIII del lib. II del Código) y los proyectos de 1851 1882 y Códigos extranjeros..... 5

LIBRO SEGUNDO

Título VII.—De las servidumbres..... 71

CAPÍTULO PRIMERO

De las servidumbres en general..... 76

Sección primera.—De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas..... 77

Art. 530, pág. 85 Art. 533, pág. 155 Art. 536, pág. 225
» 531, » 86 » 534, » 185
» 532, » 154 » 535, » 185

Sección segunda.—De los modos de adquirir las servidumbres..... 226

Art. 537, pág. 230 Art. 539, pág. 232 Art. 541, pág. 232
» 538, » 231 » 540, » 232 » 542, » 233

Sección tercera.—Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente..... 293

Art. 543, pág. 297 Art. 544, pág. 297 Art. 545, pág. 298

Págs.

Sección cuarta.—De los modos de extinguirse las servidumbres..... 318

Art. 546, pág. 324 Art. 547, pág. 326 Art. 548, pág. 327

CAPÍTULO II

De las servidumbres legales..... 356

Sección primera.—Disposiciones generales..... 359

Art. 549, pág. 360 Art. 550, pág. 360 Art. 551, pág. 360

Sección segunda.—De las servidumbres en materia de aguas 369

Art. 552, pág. 374 Art. 556, pág. 386 Art. 560, pág. 389
» 553, » 379 » 557, » 388 » 561, » 390
» 554, » 381 » 558, » 388 » 562, » 401
» 555, » 386 » 559, » 389 » 563, » 402

Sección tercera.—De la servidumbre de paso..... 404

Art. 564, pág. 407 Art. 567, pág. 409 Art. 570, pág. 417
» 565, » 408 » 568, » 409
» 566, » 409 » 569, » 410

Sección cuarta.—De la servidumbre de medianería..... 422

Art. 571, pág. 427 Art. 574, pág. 431 Art. 577, pág. 462
» 572, » 433 » 575, » 454 » 578, » 462
» 573, » 433 » 576, » 455 » 579, » 471

Sección quinta.—De la servidumbre de luces y vistas..... 477

Art. 580, pág. 482 Art. 582, pág. 492 Art. 584, pág. 493
» 581, » 484 » 583, » 493 » 585, » 501

Sección sexta.—Del desagüe de los edificios..... 504

Art. 586, pág. 510 Art. 587, pág. 517 Art. 588, pág. 523

Sección séptima —De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones..... 529

Art. 589, pág. 532 Art. 591, pág. 557 Art. 593, pág. 572
» 590, » 543 » 592, » 557

Págs.

CAPÍTULO III

De las servidumbres voluntarias..... 576

Art. 594, pág. 578 Art. 598, pág. 600 Art. 602, pág. 607
» 595, » 579 » 599, » 602 » 603, » 607
» 596, » 580 » 600, » 606 » 604, » 630
» 597, » 580 » 601, » 607 »

Título VIII.—Del registro de la propiedad..... 637

CAPÍTULO ÚNICO

Art. 605, pág. 640 Art. 607, pág. 659 Art. 608, pág. 662
» 606, » 649

Apéndice único.—Servidumbres legales.

1.° *Aguas.*—Ley de 13 de Junio de 1879.—Tít. III: De las servidumbres en materia de aguas.—Cap. VIII: De las servidumbres naturales.—Cap. IX: De las servidumbres legales.—Sección primera: De las servidumbres de acueducto.—Sección segunda: De la servidumbre de estribo y de parada ó partidor.—Sección tercera: De la servidumbre de abrevadero y saca de agua.—Sección cuarta: De la servidumbre de camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños..... 665

Real orden de 5 de Septiembre de 1881.—Riberas de los ríos: uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento 675

2.° *Carreteras.*—Real decreto de 14 de Julio de 1849.—Reglamento para la ejecución de la ley de 11 de Abril de 1849 sobre las travesías de los pueblos por donde cruzan las carreteras principales.—Cap. II: Disposiciones relativas á las obras y á la conservación y policía de las travesías..... 677

Real orden de 19 de Enero de 1867.—Reglamento para la conservación y policía de las carreteras.—Cap. I: De la conservación de las carreteras.—Cap. II: Del tránsito por la carretera.—Cap. III: De las obras contiguas á la carretera.—Cap. V: Disposiciones generales..... 678

Real orden de 3 de Febrero de 1871 sobre conservación de carreteras..... 681

Págs.

3.° *Cementerios.*—Real orden de 17 de Febrero de 1886 sobre construcción de cementerios..... 682
Real orden de 16 de Julio de 1888 sobre lo mismo.... 685
4.° *Comunidad de pastos.*—Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813.—Derecho de cerramiento de fincas rústicas 688
Real decreto de 23 de Septiembre de 1836 sobre derecho de pacer en los pastos comunes de los pueblos . 690
Real orden de 2 de Mayo de 1854 sobre disfrute de los pastos y aprovechamiento de los terrenos comunes. 691
Ley de 23 de Noviembre de 1836 restableciendo el Decreto de 14 de Enero de 1812..... ... 691
Real orden de 17 de Mayo de 1838 sobre mantenimiento de la posesión de los pastos comunes de los pueblos. 692
Real orden de 8 de Enero de 1841 aclarando la Real orden de 17 de Mayo de 1838..... 694
Orden de 24 de Mayo de 1865 sobre aprovechamiento de los productos de montes de dominio privado ... 695
Instrucción para el cumplimiento de la ley de 8 de Mayo de 1888 sobre excepción de venta de terrenos de aprovechamiento común y con destino á dehesas boyales..... 695
Ley de 8 de Mayo de 1883 sobre dehesas boyales..... 702
5.° *Establecimientos insalubres, incómodos y peligrosos:*
a) Establecimientos de vacas, burras, cabras y ovejas. Real orden de 8 de Agosto de 1867..... 706
b) Fábricas de aguardientes, curtidos y casas de licuación de sebos.—Real orden de 11 de Abril de 1860..... 711
c) Fábricas de substancias explosivas.—Real orden de 11 de Enero de 1865..... 712
d) Hornos de cocer cal y ladrillos.—Real orden de 19 de Junio de 1861..... 714
Real orden de 22 de Diciembre de 1879..... 716
Real orden de 13 de Noviembre de 1880..... 717
6.° *Fábricas.*—Real orden de 8 de Enero de 1884..... 721
7.° *Minas.*—Ley de 6 de Julio de 1859..... 723
8.° *Montes.*—Ordenanza general de Montes de 22 de Diciembre de 1833..... 724
Ley de 24 de Mayo de 1863 sobre servidumbres en los montes públicos..... 726
Reglamento de 17 de Mayo de 1865 sobre ejecución de la ley de 24 de Mayo de 1863..... 726
Ley de 11 de Julio de 1877 sobre repoblación de los claros, calveros y rasos de los montes públicos..... 728
Real decreto de 18 de Enero de 1878 sobre cumplimiento de la ley anterior..... 728

Págs.

9.° *Ocupaciones temporales.*—Ley de 10 de Enero de 1879 sobre expropiación forzosa 729
Reglamento de 10 de Marzo de 1881 sobre aplicación al ramo de Guerra en tiempo de paz de la ley anterior. 729
Reglamento de 19 de Febrero de 1891 sobre aplicación de igual ley al ramo de Marina 730
10.° *Teléfonos.*—Real decreto de 2 de Enero de 1891, Reglamento sobre la reorganización, establecimiento y explotación del servicio telefónico 731
11.° *Vías pecuarias.*—Real decreto de 13 de Agosto de 1892. Asociación de ganaderos 732
Real decreto de 13 de Agosto de 1892, Reglamento para la ejecución del anterior Real decreto reorganizando la Asociación general de ganaderos 737
Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 26 de Junio de 1893 sobre deslinde de vías pecuarias 752
12.° *Zona de ferrocarriles.*—Ley de 23 de Noviembre de 1877 sobre ocupaciones temporales 758
Ley de 29 de Noviembre de 1877 sobre policía de ferrocarriles 759
Reglamento de 8 de Septiembre de 1878 sobre lo mismo 761
13.° *Zona marítimo-terrestre.*—Ley de 7 de Mayo de 1880 sobre puertos 764
14.° *Zona militar.*—Real orden de 13 de Febrero de 1845 sobre solicitudes para licencias de edificación 765
Real orden de 3 de Diciembre de 1847 en confirmación de la anterior 767
Real orden de 22 de Marzo de 1875 sobre observancia de las disposiciones vigentes 768
Real orden de 22 de Diciembre de 1876 sobre lo mismo 769
Reglamento para la ejecución de la ley de Carreteras de 10 de Agosto de 1877 770
Reglamento de 22 de Diciembre de 1880 sobre aplicación de las disposiciones de policía urbana á las construcciones militares que se ejecuten dentro de las poblaciones 770
Real decreto de 17 de Marzo de 1891 sobre zona militar de costas y fronteras de la Península 775
Real orden de 30 de Septiembre de 1891 sobre lo mismo 777

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo 779

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Abandono del predio sirviente por su propietario en favor del que lo sea del fundo dominante	599	»	604
Abrevadero	555	»	386
Abono de gastos para la construcción y reparación de las paredes medianeras	575	»	454
Acequias medianeras	574	»	434
Acueducto	559	»	389
Adquisición de los derechos de medianería	578	»	462
Adquisición de las servidumbres por prescripción	537	»	230
Adquisición de las servidumbres en virtud de título	537	»	230
Aguas	549	»	362
Alzamiento de pared medianera	577	»	462
Andamios para la construcción de obras colocados en predio ajeno	569	»	410
Anchura de la servidumbre de paso	566	»	409
Anchuras de las servidumbres de paso para ganados	570	»	417
Aprovechamiento de corrientes	554	»	384
Aprovechamientos de leñas y demás productos de propiedad particular	604	»	630

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Aprovechamientos de los productos de montes de dominio privado. (Orden de 24 de Mayo de 1865.)	»	único	695
Arboles medianeros	593	»	573
Asociación general de Ganaderos. (Real decreto de 13 de Agosto de 1892.)	»	único	732
Idem íd. (Reglamento de 13 de Agosto de 1892.)	»	único	737
B			
Beneficio de un inmueble	530	»	117
Biología de la servidumbre. (Nacimiento.)	»	»	633
Biología de la servidumbre. (Vida.)	»	»	634
Biología de la servidumbre. (Extinción.)	»	»	635
C			
Cañada	570	»	417
Caracteres de la servidumbre. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	17
Idem y constitución de las servidumbres. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	22
Idem y constitución de las servidumbres. (Código de Italia.)	»	»	31
Idem y constitución de las servidumbre. (Código de Portugal.)	»	»	42
Idem y constitución de las servidumbres. (Código de Guatemala.)	»	»	54
Carreteras	549	»	362
Idem. (Real decreto de 14 de Ju-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
lio de 1849 sobre las travesías de los pueblos por donde cruzan las carreteras principales.)	»	único	677
Carreteras. (Reglamento de 19 de Enero de 1867 sobre conservación y policía de las mismas.)	»	único	678
Idem. (Real orden de 3 de Febrero de 1871 sobre conservación de las mismas.)	»	único	681
Idem que pasen por la zona de alguna plaza fuerte. (Reglamento de 10 de Agosto de 1877.)	»	único	770
Caso de adquisición de una cuota en la comunidad del predio sirviente por el dueño del dominante	546	»	322
Idem de la adquisición por el dueño del predio sirviente de una fracción cuantitativa ó cuota en la propiedad del dominante	546	»	332
Cementerios. (Real orden de 17 de Febrero de 1886 sobre construcción de los mismos.)	»	único	682
Idem. (Real orden de 16 de Julio de 1888 sobre construcción de los mismos.)	»	único	685
Clases de servidumbre. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	18
Cloacas	590	»	547
Códigos de Bélgica y Francia	»	»	21
Idem de Italia	»	»	30
Idem de Portugal	»	»	41
Idem de Guatemala	»	»	51
Idem de Méjico	»	»	72
Comunidad de pastos	600	»	608
Idem íd. (Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813 sobre cerramiento de fincas rústicas.)	»	único	688

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Concepto de la servidumbre. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	16
Concepto del tercero con arreglo á la ley Hipotecaria	605	»	650
Concesión de derechos	542	»	233
Confusión ó consolidación	546	»	327
Consentimiento de los condueños	597	»	596
Consideración de la servidumbre de acueducto para los efectos legales	561	»	390
Consideraciones históricas acerca del Registro de la Propiedad	605	»	642
Constitución de la servidumbre de paso	564	»	407
Idem íd. voluntaria sobre unas casas, cada uno de cuyos pisos pertenezca á distinto propietario	597	»	597
Idem de una servidumbre voluntaria sobre un fundo indiviso	597	»	595
Construcción de acueductos cerca de pared medianera	590	»	547
Construcción de cementerios	590	»	555
Construcción de las paredes medianeras	575	»	454
Construcción de pozos cerca de pared medianera	590	»	545
Construcción de tejados	586	»	510
Cordel	570	»	417
Corta de ramas y raíces de los árboles plantados á menor distancia de la legal. Quiénes gozan de dicha facultad	592	»	567
Idem íd. que embaracen la navegación, flotación y camino de sirga. (Ley de Aguas.)	592	»	569
Crítica del concepto legal de servidumbre	530	»	148

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Ch			
Chimeneas.....	590	»	550
D			
Deberes del dueño del predio sirviente.....	545	»	298
Definición de las servidumbres..	530	»	85
Dehesas boyales. (Ley de 8 de Mayo de 1888.).....	»	único	702
Idem íd. (Instrucción para el cumplimiento de la ley de 8 de Mayo de 1888.).....	»	único	695
Demolición de construcciones en la zona táctica. (Real orden de 3 de Diciembre de 1847.).	»	único	767
Depósitos de materias corrosivas	590	»	551
Derecho á tener vistas directas sobre la propiedad colindante.	585	»	501
Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente. (Proyecto de 1851.).....	»	»	7
Idem íd. íd. (Proyecto de Código civil de Alemania.).....	»	»	18
Idem íd. íd. (Códigos de Bélgica y Francia.).....	»	»	23
Idem íd. íd. (Código de Italia.).	»	»	33
Idem íd. íd. (Código de Portugal)	»	»	43
Idem íd. íd. (Código de Guatemala.).....	»	»	56
Idem íd. íd. Consideraciones de índole general.....	»	»	293
Derechos del dueño del predio sirviente.....	545	»	298
Derechos del que haya obtenido la servidumbre de acueducto..	561	»	399
Derechos del dueño del predio sirviente en la servidumbre de acueducto.....	560	»	400

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Derivación de aguas de un río ó arroyo	554	»	384
Desagüe de los edificios. (Proyecto de 1851.)	»	»	12
Idem íd. (Proyecto de 1882.)	»	»	15
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	28
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	37
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	50
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	70
Idem de edificios	»	»	504
Desaparición del signo de servidumbre antes del otorgamiento de la escritura de enajenación	541	»	285
Descansadero	570	»	417
Deslinde de vías pecuarias. (Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 26 de Junio de 1893.)	»	único	752
Determinación de los derechos del predio dominante y obligaciones del sirviente por el título; en su caso, por la posesión, y en su defecto, por las disposiciones del título del Código que trata de las servidumbres	598	»	600
Devolución del importe por indemnización en la servidumbre de paso	568	»	409
Diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas	»	»	77
Disposiciones del derecho foral sobre la comunidad de pastos.	603	»	627
Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. (Proyecto de 1851.)	»	»	12
Idem íd. (Proyecto de 1882.)	»	»	15
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	28

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. (Código de Italia)	»	»	37
Idem íd. (Código de Portugal.)..	»	»	50
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	70
Idem íd. (Consideraciones de índole general.).....	»	»	529
Distancia á la que deben plantarse los árboles de la línea divisoria de las heredades.....	591	»	562
Idem necesaria para poder construir ventanas y balcones sobre la finca del vecino.....	582	»	492
Distintas clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas. (Código de Italia.).	»	»	31
Idem íd. (Código de Portugal.).	»	»	42
Idem íd. (Código de Guatemala.).	»	»	53
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.).....	»	»	21
E			
Edificación cerca de las plazas fuertes. (Ordenanzas de Ingenieros.).....	589	»	541
Idem por los Ayuntamientos en las zonas polémicas.....	589	»	538
Edificación cerca de las plazas fuertes.....	589	»	535
Edificios separados por vía pública.....	584	»	493
Enajenación de alguna de las fincas cuyo dominio esté consolidado.....	541	»	282
Establecimientos industriales. (Real orden de 8 de Enero de 1884.).....	»	único	721
Establecimiento de servidumbres.....	531	»	86
Establecimientos de vacas, bu-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
rras, cabras y ovejas. (Real orden de 8 de Agosto de 1867.)	»	único	706
Establos	590	»	551
Estado de los predios que imposibilite el ejercicio de la servidumbre	546	»	342
Estribo de presa	554	»	384
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos VII y VIII del libro II del Código) y los proyectos de 1851 y 1882 y Códigos extranjeros	»	»	5
Exhibición de los libros del Registro de la propiedad	607	»	661
Expedición de certificaciones de los asientos en los libros del Registro	607	»	661
Expropiación forzosa en el ramo de Guerra	589	»	540
Idem en el ramo de Marina	589	»	540
Extinción de las servidumbres. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	19
Idem de la de acueducto	546	»	400
Idem de la de paso á instancia del dueño del predio sirviente.	568	»	409
Existencia de un signo aparente entre dos fincas	541	»	274
Extinción de las servidumbres	546	»	324
F			
Fábricas, talleres y fundiciones en los cuales se admitan para el trabajo niños y niñas menores de diez años	590	»	554
Idem de aguardientes, curtidos y casas de licuación de sebos. (Real orden de 11 de Abril de 1860.)	»	único	710

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Fábricas de pólvora común y fulminantes	590	»	553
Idem de substancias explosivas. (Real orden de 11 de Enero de 1865.)	»	único	712
Falta de título	540	»	232
Facultades del dueño del predio sirviente en la servidumbre de acueducto	560	»	389
Fijación del capital para la redención de la servidumbre de pastos en defecto de convenio entre las partes interesadas	603	»	623
Forma y condiciones del establecimiento de la servidumbre de acueducto	563	»	399
Idem de prestar la servidumbre	547	»	326
Fraguas	590	»	549
G			
Gastos para la construcción y reparación de las paredes medianeras	575	»	454
Gravamen de un inmueble	530	»	87
H			
Hornos	590	»	548
Idem de cocer cal y ladrillos. (Reales órdenes de 19 Junio de 1861, 22 de Diciembre de 1879 y 13 de Noviembre de 1880.)	»	único	714
Hospitales y lazaretos	590	»	555
I			
Imposición de servidumbre voluntaria sobre una finca dada en usufructo	595	»	586

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Imposición de servidumbres voluntarias cuando el dominio directo pertenezca á una persona y el dominio útil á otra..	596	»	588
Inadmisión en los consejos y oficinas del Gobierno de los documentos ó escrituras no inscritas cuando haya de recaer en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscrito....	606	»	655
Indemnización.....	553	»	379
Idem.....	551	»	384
Idem.....	555	»	386
Idem.....	569	»	410
Idem en la servidumbre de paso.	564	»	407
Indivisibilidad de las servidumbres.....	535	»	185
Inscripción y anotación en el Registro de la Propiedad.....	605	»	644
Inseparabilidad de las servidumbres.....	534	»	185
Interés de los particulares.....	549	»	360
Introducción de vigas en pared medianera.....	579	»	471
J			
Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la inteligencia del concepto denotado por la palabra tercero.....	606	»	653
L			
La ley Municipal en lo relativo á la comunidad de pastos.....	603	»	626
Legislación aplicable á las servidumbres establecidas para utilidad pública ó comunal...	550	»	360
Idem íd. á las servidumbres es-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
tablecidas en interés de los particulares ó por causa de utilidad privada	551	»	360
Legislación aplicable en materia de aguas	563	»	402
Idem íd. en la servidumbre de medianería	571	»	427
Libros del Registro de la Propiedad	605	»	648
Licencias para construir dentro de la zona polémica. Quién las concede. Tramitación	589	»	536
Idem íd. en la zona militar. (Jurisprudencia administrativa.)	589	»	542
Los títulos no inscritos ó anotados no perjudican á tercero	606	»	650
Luces y vistas	»	»	477
M			
Majada	570	»	417
Mataderos	590	»	554
Medianería	571	»	427
Medio legal de libertarse de la comunidad de pastos cuando dicha servidumbre se hallase establecida entre los vecinos de uno ó más pueblos: cercar la finca con tapia ó seto	602	»	619
Idem íd. de libertarse el señor del fundo sirviente de las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre cuando al constituirse ésta se hubiese comprometido á ejecutarlas	599	»	602
Minas	549	»	363
Minas. (Ley de 6 de Julio de 1859.)	»	único	723
Modos de adquirir las servidumbres	»	»	226

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Modos de adquirir las servidumbres. (Proyecto de 1851.).....	»	»	6
Modos de constitución de las servidumbres voluntarias.....	594	»	584
Idem de extinguirse las servidumbres. (Proyecto de 1851.).	»	»	7
Idem íd. (Proyecto de 1882.)....	»	»	14
Idem de adquirir las servidumbres. (Códigos de Bélgica y Francia.).....	»	»	22
Idem de extinguirse las servidumbres. (Códigos de Bélgica y Francia.)....	»	»	23
Idem de adquirir las servidumbres. (Código de Italia.).....	»	»	32
Idem de extinguirse las servidumbres. (Código de Italia.)..	»	»	38
Idem de adquirir las servidumbres. (Código de Portugal.)...	»	»	42
Idem de extinguirse las servidumbres. (Código de Portugal.).....	»	»	43
Idem de adquirir las servidumbres. (Código de Guatemala.).	»	»	54
Idem de extinguirse las servidumbres. (Código de Guatemala.).	»	»	57
Idem íd. Consideraciones generales.....	»	»	318
Montes.....	549	»	363
Montes públicos. (Ley de 24 de Mayo de 1863.).....	»	único	726
Idem. (Ordenanza general de Montes de 22 de Diciembre de 1833.).....	»	único	724
N			
Naturaleza de la servidumbre de acueducto.....	561	»	391
No uso durante veinte años.....	546	»	334

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
O			
Objeto del Registro de la Propiedad	605	»	640
Idem de las servidumbres impuestas por la ley	549	»	360
Obligación en los predios sirvientes cuando se trata de las servidumbres de saca de agua y abrevadero	556	»	386
Idem del que pretenda el aprovechamiento de aguas	558	»	388
Obligaciones del dueño del predio sirviente en la servidumbre de acueducto	560	»	400
Idem del que haya obtenido la servidumbre de acueducto	561	»	400
Idem de los dueños de los predios dominantes	544	»	297
Obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre	543	»	297
Observancia de las disposiciones vigentes sobre zonas tácticas. (Reales órdenes de 22 de Mayo de 1875 y 22 de Diciembre de 1876.)	»	único	768
Ocupaciones temporales	549	»	364
Idem íd. en general. (Ley de 10 de Enero de 1879.)	»	único	729
Ocupaciones temporales en el ramo de Guerra. (Reglamento de 10 de Marzo de 1881.)	»	único	729
Idem íd. en el ramo de Marina. (Reglamento de 19 de Febrero de 1891.)	»	único	730
Ordenanzas de Montes.—Cortas de ramas y raíces	592	»	569

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
P			
Paredes medianeras	575	»	454
Partidor	562	»	401
Paso de aguas por los predios intermedios	557	»	388
Paso sin indemnización	567	»	409
Paso de materiales por predio ajeno	569	»	410
Pastos comunes de los pueblos. (Real decreto de 23 de Septiembre de 1836.)	»	único	690
Pastos comunes de los pueblos. (Real orden de 8 de Enero de 1841.)	»	único	694
Idem íd. (Real orden de 2 de Mayo de 1854.)	»	único	691
Plantaciones cerca de las plazas fuertes	589	»	535
Planos de las fortificaciones en la zona militar. (Real orden de 3 de Noviembre de 1848.)	»	único	767
Plantación de árboles cerca de una heredad ajena	591	»	559
Idem íd. en la zona militar (prohibición)	591	»	565
Policía urbana en las construcciones militares que se efectúen dentro de las poblaciones. (Reglamento de 22 de Diciembre de 1880.)	»	único	770
Idem de ferrocarriles. (Ley de 29 de Noviembre de 1877.)	»	único	759
Idem íd. (Reglamento de 8 de Septiembre de 1878.)	»	único	761
Posesión de los pastos comunes de los pueblos. (Real orden de 17 de Mayo de 1838.)	»	único	692
Predios contiguos á las riberas de los ríos	553	»	379
Predio dominante	530	»	85

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Predio dominante de propiedad común	548	»	327
Predios inferiores	552	»	374
Idem intermedios	557	»	388
Predio sirviente	530	»	85
Presunción de la servidumbre de medianería	572	»	433
Prescripción	537	»	255
Idem de la forma de prestar la servidumbre	547	»	326
Prohibición de abrir ventana ó hueco en pared medianera	580	»	482
Idem de abrir ventanas con vistas rectas	582	»	492
Idem para establecer la servidumbre de acueducto	559	»	398
Proyecto de Código civil de 1851.	»	»	5
Idem íd. de 1882	»	»	13
Idem íd. de Alemania	»	»	16
Publicidad del Registro de la propiedad	607	»	660
Punto por donde debe darse la servidumbre de paso	565	»	408
R			
Redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente	546	»	348
Idem de la servidumbre de pastos	603	»	621
Registro de la propiedad. (Proyecto de 1851.)	»	»	13
Idem íd. (Proyecto de 1882.)	»	»	16
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	29
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	40
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	51
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	71
Idem íd. (Consideraciones generales.)	»	»	638

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas
Reglas determinativas de la resolución de las servidumbres voluntarias impuestas por el señor del dominio útil sobre la finca enfitéutica.....	596	»	594
Idem para contar las distancias á que se refiere el art. 582 del Código.....	583	»	493
Renuncia del dueño del predio dominante.....	546	»	347
Idem á la medianería.....	575 y 576	»	455
Idem de servidumbre.....	544	»	297
Reparación de las paredes medianeras.....	575	»	454
Repoblación de claros y calveros de los montes públicos. (Ley de 11 de Julio de 1877.).....	»	único	728
Idem y mejora de los montes (Real decreto de 18 de Enero de 1878.).....	»	único	728
Requisitos para el establecimiento de la servidumbre de acueducto.....	557	»	394
Idem para la constitución de la servidumbre de paso.....	564	»	407
Restablecimiento del decreto de 14 de Enero de 1812. (Ley de 23 de Noviembre de 1836.).....	»	único	691
Resumen histórico acerca de la comunidad de pastos.....	600	»	608
Riberas de los ríos.....	553	»	379
Idem íd. (Real orden de 5 de Septiembre de 1881 sobre uso público de la ribera de los ríos.).....	»	único	675
S			
Saca de agua.....	555	»	386
Salida de las aguas pluviales de casa enclavada entre otras....	588	»	523

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Satisfacción de los gastos en las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre	543	»	297
Servidumbres.....	»	»	73
Servidumbre de abrevadero y saca de agua. (Ley de Aguas.)	»	único	672
Idem de acueducto. (Ley de Aguas.).....	»	único	666
Servidumbres aparentes.....	532	»	154
Servidumbre de camino de sirga y demás inherentes á los predios ribereños. (Ley de Aguas.)	»	único	673
Servidumbres continuas.....	532	»	154
Idem discontinuas.....	532	»	154
Servidumbre de estribo y de parada ó pardidor. (Ley de Aguas)	»	único	672
Servidumbres en general. (Proyecto de 1851.).....	»	»	6
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.).....	»	»	21
Idem íd. (Código de Italia.)....	»	»	31
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	42
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	53
Idem legales en general. (Código de Guatemala.).....	»	»	60
Idem á favor de las personas...	530	»	129
Servidumbre legal de paso. (Códigos de Bélgica y Francia.)..	»	»	25
Idem íd. (Código de Italia.)....	»	»	35
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	46
Idem íd. (Código de Guatemala.).	»	»	65
Servidumbres legales. (Proyecto de 1851.).....	»	»	7
Idem legales en general. (Códigos de Bélgica y Francia.)....	»	»	24
Idem legales.....	536	»	225 y 536
Idem legales en general. (Código de Italia.).....	»	»	34
Idem íd. (Código de Portugal.).	»	»	44
Idem legales de interés privado.	551	»	367
Servidumbre de luces y vistas. (Proyecto de 1851.).....	»	»	12

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Servidumbre de luces y vistas. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	27
Idem íd.	»	»	477
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	36
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	49
Idem íd. (Código de Guatemala)	»	»	69
Servidumbre en materia de aguas (Proyecto de 1851.)	»	»	8
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	24
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	34
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	44
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	60
Idem íd.	»	»	369
Idem de medianería. (Proyecto de 1851.)	»	»	11
Idem íd. (Proyecto de 1882.)	»	»	15
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	25
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	35
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	47
Idem íd. (Código de Guatemala.)	»	»	67
Idem íd.	»	»	422
Idem naturales. (Ley de Aguas.)	»	único	665
Idem negativas	533	»	155
Idem no aparentes	532	»	154
Idem de paso. (Proyecto de 1851.)	»	»	11
Idem íd. (Proyecto de 1882.)	»	»	14
Idem íd.	»	»	404
Idem personales restringidas. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	19
Idem positivas	533	»	155
Idem reales. (Proyecto de Código civil de Alemania.)	»	»	16
Idem voluntarias. (Proyecto de 1851)	»	»	12
Idem íd. (Proyecto de 1882)	»	»	16
Idem íd. (Códigos de Bélgica y Francia.)	»	»	28
Idem íd. (Código de Italia.)	»	»	40
Idem íd. (Código de Portugal.)	»	»	50

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Servidumbres voluntarias. (Código de Guatemala).....	»	»	70
Idem íd.....	»	»	577
Signo aparente.....	541	»	232
Idem contrario á la servidumbre de medianería.....	574	»	434
Idem exterior contrario á la servidumbre de medianería	573	»	433
Sostenimiento de los gastos de las paredes medianeras.....	575	»	454
Subsistencia y vigor de la ley Hipotecaria de conformidad con lo prevenido por el Código civil.....	608	»	663
T			
Tejados.....	586	»	510
Teléfonos.....	549	»	364
Idem. (Real decreto de 2 de Enero de 1891.).....	»	único	731
Término ó cumplimiento de la condición.....	546	»	345
Texto literal de los artículos del Código que contiene este tomo.	»	»	779
Tiempo de posesión para adquirir la servidumbre.....	538	»	231
Título...	539	»	239
Toma de aguas de un río ó arroyo	554	»	384
U			
Utilidad pública.....	549	»	360
Uso de pared medianera.....	579	»	471
V			
tana ó hueco en pared medianera.....	580	»	482
n íd. no medianera.....	581	»	484

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Vereda	570	»	417
Vertiente de los tejados	587	»	517
Vía pecuaria	549	»	366
Vistas rectas	582	»	492
Idem oblicuas sobre la propiedad del vecino	582	»	492
Z			
Zanjas medianeras	574	»	434
Zona de ferrocarriles	549	»	365
Idem íd. (Ley de 23 de Noviembre de 1877)	»	único	758
Idem marítimo-terrestre	549	»	366
Idem íd. (Ley de 7 de Mayo de 1880 sobre puertos.)	»	único	764
Idem militar	549	»	366
Idem íd. (Real orden de 13 de Febrero de 1845 relativa á licencias para edificaciones.)	»	único	765
Idem íd. de costas y fronteras	589	»	541
Idem íd. (Real decreto de 17 de Marzo de 1891 y Real orden de 31 de Septiembre de 1891.)	»	único	775
Idem polémica	589	»	535